IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

July 18
3003

IL

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

NEI SUOI RAPPORTI

COLLE LEGGI TERRITORIALI

DI

FERDINANDO LAGHI

PROFESSORE NELL' UNIVERSITÀ DI PARMA

VOLUME I.

BOLOGNA

NICOLA ZANICHELLI

1888

INTRODUZIONE.

> « Il faudrait distinguer *deux ordres publics*, l' un interne, restreignant la liberté individuelle, l' autre externe ou *international*, restreignant l' autorité extra-territoriale des lois étrangères ».
>
> BROCHER.

> « Les statuts réels forment la grande difficulté de notre science. En attendant qu' il y ait des lois et des traités qui déterminent les statuts réels, la science doit examiner la question jusque dans ses moindres détails ».
>
> LAURENT.

Il problema fondamentale del Diritto internazionale privato consiste nel coordinare ed armonizzare tra loro le diverse legislazioni degli stati per modo che, ciascun rapporto giuridico sia dovunque regolato dalla legge a cui è naturalmente sottoposto; talchè, giusta la felice espressione di Savigny, la decisione giudiziaria resa sopra un dato rapporto di diritto sia sempre la stessa, qualunque sia il paese dove il giudizio venga pronunciato. Onde, chi bene esamini la sostanza delle molte teorie, che si sono in proposito escogitate, troverà che tutte si sono prefisse di stabilire l'oggetto ed i limiti di ciascuna legislazione, o la prevalenza dell'una sull'altra, in caso di conflitto: il che suppone che ci sia, come di-

cono il Pescatore ed il Brocher, una *naturale competenza legislativa* per ogni rapporto di diritto; o, come insegnava il Savigny, che ciascun rapporto di diritto debba, per sua natura propria ed essenziale, essere disciplinato dalla legge più conforme al rapporto stesso.

Le soluzioni che, nei diversi tempi, furono date all'accennato problema, dovettero di necessità variare, a seconda dei criteri preferiti per determinare appunto cotesta competenza naturale delle leggi. Ma in tutti i sistemi, o per un motivo o per l'altro, si riconobbero e descrissero due categorie di leggi: l'una comprendente quelle, la cui autorità domina assoluta ed esclusiva sul territorio dello stato, e si arresta ai confini dello stato medesimo; l'altra formata di quelle che estendono dovunque il loro impero. Le prime furono dette — leggi reali; positive rigorosamente obbligatorie; di diritto e di ordine pubblico; territoriali —: le seconde si chiamarono — leggi personali; di diritto o di ordine privato; estraterritoriali —. Io preferisco la denominazione di leggi *territoriali ed estraterritoriali*.

La suprema difficoltà della nostra scienza sta nel distinguere queste due categorie di leggi. Da parecchi secoli i giureconsulti, i legislatori, la giurisprudenza si affannano a trovare un principio, una formola che valga a far discernere le une dalle altre; ma il risultato non ha finora corrisposto ai lunghi studi e agl' incessanti tentativi.

Però il Diritto internazionale privato ha fatto tanti progressi in questi ultimi tempi, che si può affermare essersi oggidì quasi tutte le questioni della nostra scienza ridotte ad una questione di limiti: i limiti fra le leggi territoriali e le leggi estraterritoriali. Ma le questioni di limiti sono le più difficili: onde non è a meravigliarsi se, dal Savigny, al Bar, al Laurent, al Westlake, al Fiore, siasi ripetuto che la determinazione rigorosa di questi limiti è la parte più ardua del Diritto internazionale privato.

Si dovrà dunque conchiudere, come hanno fatto parecchi illustri scrittori, che una tale determinazione è assolutamente impossibile? In tale caso ruinerebbe tutto l' edifizio scientifico del Diritto internazionale privato.

Convengo che non si possa risolvere la grave difficoltà con una nuda definizione, o con una rigida formola generale, applicabile a tutti i casi, per tutti i luoghi, in tutti i tempi, come ha preteso la maggior parte degli Autori; non prestandosi l' indole della materia a classificazioni matematiche e a sintesi perfette in un solo principio assoluto e universale. Ma penso, che un' analisi rigorosa degli istituti giuridici, studiati nei loro rapporti internazionali, possa condurre, non solo a decidere nei singoli casi esaminati, se essi cadano sotto la competenza della legge territoriale o della legge straniera, ma anco a formulare una serie di principi valevoli a risolvere tutte le multiformi

questioni nascenti, appunto, dall'azione limitatrice che le leggi territoriali esercitano sulle leggi estraterritoriali, e destinati a costruire poi un' esatta *teorica dei limiti dell' estraterritorialità delle leggi.*

Tale fu anche il parere dell' illustre Commissione, nominata nel 1878 dall'Istituto di Gand per esaminare un progetto di regole di Diritto internazionale privato. Essa, dopo avere rilevata la difficoltà di fissare i limiti del diritto e dell' ordine pubblico territoriali, escludenti il diritto internazionale, soggiungeva: « Des problèmes plus difficiles ont été posés et résolus. Le désespoir est un mauvais conseiller. Cherchons et nous trouverons. Mais votre Commission est d' avis qu' il ne faut pas s'attacher à trouver une formule générale et sintétique qui puisse résoudre toutes les difficultés; qu' il faut plutôt commencer par un travail analytique, en étudiant spécialement et successivament l'application de vos régles à toutes les matières du droit civil, par exemple, au mariage, à la puissance maritale, à la légitimité, à l' exercice de la puissance paternelle, au divorce, à l'adoption, à le tutelle, aux pactes successoreaux, aux substitutions fidécommissaires, au contrat de mariage, etc ».

Confortato da questo autorevolissimo giudizio, e dal consiglio del Laurent, che ho scritto in fronte alla presente introduzione, mi sono accinto, non senza molta trepidazione, a questo arduo lavoro. Il quale, pertanto, non vuol essere un vero

Trattato di diritto internazionale privato (cosa forse inutile dopo tante opere insigni di questo genere): sibbene uno studio, possibilmente completo, sopra la parte più importante e difficile della nostra scienza, cioè sul limite dell' estraterritorialità delle leggi tracciato dal diritto di sovranità, o, dall' *ordine pubblico internazionale*, come si esprime con frase nuova il Brocher.

Seguendo, adunque, il metodo suggerito dalle autorità ricordate, dopo alcune nozioni storiche, e dopo un opportuno studio critico e dogmatico generale, passerò ad esaminare e definire, specialmente e successivamente, l'azione che le leggi territoriali esercitano sulle leggi straniere in tutti i principali istituti e fatti giuridici, ricercando la soluzione delle più disputate questioni, cui ciascuno di essi dà luogo.

Certamente, la natura di questo studio esige che si accennino anche tutte le altre regole di diritto internazionale privato concernenti le singole materie della nostra scienza: ma saranno brevi richiami che non mi faranno perdere il punto di vista dal quale ho voluto riguardare il tema.

Parma, Agosto, 1888.

F. LAGHI.

PARTE GENERALE

CENNI STORICI

SULLA CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO

SOMMARIO.

1. Fasi storiche della condizione giuridica dello straniero. — 2. Cause dell'isolamento ostile dei popoli antichi. — 3. Contraddizione tra la filosofia e la legislazione antiche. — 4. La antichità non ebbe Diritto internazionale privato secondo il concetto moderno. — 5. L'India. — 6. L'Egitto. — 7. Gli Ebrei. — 8. La Grecia. Diverse specie di stranieri. — 9. L'ospitalità e la proxenia. — 10. Diritti concessi agli stranieri. La cittadinanza in Atene. La *Xenelasia* a Sparta. — 11. Diritto di adire i tribunali. — 12. Condizione umiliante degli stranieri. Nessuna comunanza coi barbari. — 13. Roma. Difficoltà di descrivere la condizione degli stranieri. — 14. Gli hostes. — 15. I peregrini. Diverse specie e condizioni di peregrini. — 16. Diritti negati e diritti concessi ai peregrini. — 17. Il jus gentium. Che cosa fosse. Disparità di opinioni. — 18. Il jus gentium dei peregrini. — 19. Fonti del diritto dei peregrini, oltre lo jus gentium. — 20. La costituzione di Caracalla. Suoi effetti. — 21. Diritto giudiziario. La recuperatio. — 22. Diritto applicato dai recuperatores. — 23. Il Praetor peregrinus. — 24. Azione del *jus civile* sul *jus gentium*. — 25. Il cristianesimo e l'invasione dei barbari. — 26. Il sistema

delle leggi personali. Come nacque. — 27. Come funzionò questo sistema. — 28. I Warganei. Diritti di albinaggio e di naufragio. — 29. Il feudalismo. Il sistema delle leggi territoriali. — 30. Peggioramento delle condizioni degli stranieri. — 31. Diversi fattori che concorsero a migliorare le sorti dello straniero. Diffusione del cristianesimo. — 32. I Comuni. Trattamento degli stranieri. Restrizioni. Rappresaglie. — 33. Origine della giurisprudenza e dottrina degli statuti. Applicazioni di cotesta dottrina. Amministrazione della giustizia. — 34. La condizione degli stranieri fino alla rivoluzione francese. — 35. Il Decreto dell'assemblea costituente. — 36. Il Codice Napoleone. — 37. Il codice civile italiano. Il nuovo principio dell'eguaglianza dello straniero e del cittadino nel godimento del diritto privato.

1. La condizione giuridica dello straniero ha variato sostanzialmente nei diversi periodi della storia seguendo la stessa legge dell'evoluzione che governa la vita intiera del diritto e il progresso dell'umano incivilimento. L'uomo fuori della propria patria non è da prima che un nemico o uno schiavo; poi viene tollerato con maggiori o minori restrizioni del suo diritto e della sua libertà; infine è accolto come fratello e pareggiato al cittadino. Precisamente come i popoli e gli stati vivono nei primi tempi in continua nimicizia, indi contraggono tra di loro qualche relazione, qualche vincolo di alleanza più o meno eguale, e poscia si riconoscono indipendenti e solidali sotto la medesima legge universale del diritto.

2. L'antichità quindi non conobbe un vero diritto internazionale nè pubblico nè privato. L'isolamento, la guerra, il diritto del più forte formano la caratteristica di quel tempo. Il Laurent, che fa entrare direttamente

Dio da per tutto, afferma che il primitivo isolamento dei popoli fu una necessità provvidenziale per serbare a tutti la propria originalità, dovendo ciascuna gente compiere la missione di svolgere un aspetto particolare della vita [1]. Ma questo è un preconcetto di quella filosofia *a priori* che professa l' illustre giureconsulto. L'isolamento ostile, il disprezzo e l'odio verso lo straniero furono l' effetto naturale e necessario delle condizioni economiche, etniche, religiose e morali in cui vissero le associazioni primitive. Lo straniero avrebbe diviso gli scarsi mezzi d'esistenza; lo straniero, appartenendo a razza diversa, professando diversa religione, avrebbe corrotti i costumi e turbato l' ordine interno: perciò guerra agli uomini che potevano far concorrenza nella lotta per la vita, odio agli esseri impuri e destinati a perpetua schiavitù in favore dei popoli privilegiati.

Di qui l' orrore della pena dell'esilio, che ai nostri giorni è poco più di un cangiamento di domicilio, perchè la persona e i beni dell'esule sono da per tutto rispettati. Ma nell' antichità lo straniero non ha diritto; quindi chi viene discacciato dalla comunanza de' suoi o chi fugge per un delitto commesso sa che lo attende una sorte eguale a quella di una fiera che va raminga e a cui si dà la caccia dovunque la si trova. L' esiliato abbandona tutto che gli sta a cuore, la casa, i soci, i diritti, il culto comune degli Dei. A lui non avanza che il sentimento della miseria inenarrabile, l'aspettativa di una vita esposta al caso, ai persecutori, alle privazioni

---

(1) LAURENT, *Droit civil international,* I, n. 61

e serva; ovvero una libertà a prezzo di ogni sorta di umiliazioni e dipendente dal capriccio del suo protettore. Se viene assalito e perseguitato non ha alcun socio al suo fianco; soccombendo alle ostilità, non ha amici che lo vendichino (1).

3. Alcuni hanno creduto di attenuare questa triste condizione di cose col ricordare che i più grandi filosofi dell' antichità proclamarono l' ospitalità e l' inviolabilità dello straniero. E citano, tra gli altri, Platone e Cicerone, i quali, per verità, ci lasciarono nobilissimi pensieri in favore dello straniero. Il primo disse che lo straniero deve rispettarsi ed è proibito di batterlo; che sono sacri gl' impegni contratti verso lo straniero; che questo è sotto la protezione della Divinità, la quale vendicherà le colpe commesse contro di lui più severamente di quelle che potranno commettersi contro un cittadino, poichè lo straniero, privo del soccorso de' suoi parenti ed amici, merita la compassione degli uomini e dei Numi (2). E il secondo affermava che: « Usu vero urbis prohibere peregrinos sane inhumanum est » e che « Una continemur omnes et eadem lege naturae...... Qui autem civium rationem dicunt esse habendam, externorum negant, hi dirimunt communem humani generis societatem; qua sublata, beneficentia, liberalitas, bonitas, justitia funditus tollitur. Quae qui tollunt etiam adversus Deos

(1) Ihering, *Lo spirito del Diritto romano*, lib. I, cap. X (trad. Bellavite).

(2) Platone, *Leggi*, lib. V e IX.

immortales impii judicandi sunt: ab iis enim constitutam inter homines societatem evertunt [1] ».

Ma queste e simili giustissime idee, come quelle di Pitagora, di Socrate, di Plutarco, di Seneca e di altri Saggi, raccolte dal Laurent [2], rimasero sempre semplici idee speculative di poche menti superiori, contraddette non solo dalle leggi, dai costumi e dalla opinione pubblica, ma spesso da opposte teorie e dalla vita pratica di coloro stessi che le avevano concepite e pomposamente enunciate. Mentre Platone predicava l' umanità verso i forestieri, Aristotele, organo del sentimento nazionale più che della ragione e della giustizia, insegnava che barbaro e schiavo è la stessa cosa, e consigliava Alessandro a trattare come bruti i popoli soggiogati [3]. Lo stesso Platone divise l' umanità in greci e barbari: i primi erano fratelli, i secondi naturalmente nemici. E Cicerone praticava una politica opposta alla sua filosofia, quando sosteneva che vi sono degli uomini schiavi di loro natura, e quando voleva negare non solo agli schiavi ma anche a popoli liberi e civili, come i Siciliani, il diritto di latinità [4]. Di qui il disprezzo per le leggi straniere. Lo stesso Cicerone fa esclamare a Crasso: « Incredibile est quam sit omne jus civile, praeter hoc nostrum, inconditum ac pene ridiculum [5]; » sentimento

(1) CICERO, *De officiis*, III, 4 e 9.
(2) LAURENT, op. c. t. I.
(3) ARISTOTELE, *Politica*, I, 3, 4, 5.
(4) CICERO, *Ad Atticum*, XIV, 12.
(5) CICERO, *De oratore*, I, 43.

che ritroviamo espresso in parole più triviali da un giureconsulto del Medio Evo, il quale diceva non doversi la legge longobarda chiamare lex, ma fex [1].

4. Adunque, fatte pochissime eccezioni, dove la religione o qualche pubblico trattato mitigarono gli eccessivi rigori verso lo straniero, non si possono riscontrare nelle relazioni internazionali dei popoli più antichi neppure le traccie del diritto privato internazionale quale s' intende oggidì e quale deve essere secondo ragione e giustizia. Poichè il diritto internazionale privato suppone che l'uomo goda dei diritti naturali e civili anche fuori della propria patria, e che possa esercitarli secondo la sua legge nazionale, almeno per quella parte che riguarda il suo stato personale. Ora l' antichità, o negò ogni diritto allo straniero, o pretese regolare i pochi diritti concessi colla legge del territorio in cui egli si trovava. Quindi nessuna possibilità di veri conflitti fra le leggi diverse, e quindi nessuna materia e ragione di un vero e proprio Diritto privato internazionale.

I seguenti brevissimi cenni storici confermeranno coteste osservazioni generali.

5. Le primitive associazioni storiche ci si presentano divise in caste e governate da principii teocratici: il che, se dimostra un progresso dallo stato selvaggio, prova anche la triste condizione fatta allo straniero. La casta, come risultato della guerra, rappresenta una mitigazione al primitivo feroce diritto di guerra, l'esterminio dei vinti: in questa nuova fase del diritto, i vincitori

(1) Laurent, op. c. t. I, n. 201.

formano le classi dominanti, i vinti le classi inferiori. Ma la condizione di coloro che appartengono a queste classi di vinti è peggiore di quella dei bruti: e gli stranieri si trovano nella stessa linea. Nell' India i Bramani e i Katrias non possono avere alcun rapporto nè di diritto nè di umanità colla classe dei Sudra, i quali, nella gerarchia degli esseri, vengono dopo l' elefante ed il cavallo. Qualunque amicizia e communicazione con questi infelici costituisce un delitto senza nome che non si può espiare. Più disprezzevoli ancora sono i Paria, tribù che non fa parte nè delle caste nè dello stato: essi sono fuori d' ogni legge: la sola ombra e vicinanza dei medesimi infetta gli alimenti.

Che sarà dello straniero? Un popolo che sfugge ogni contatto e relazione cogli altri, come se vivesse in un mondo a parte, che non ammette l' eguaglianza fra i membri della stessa società, che odia e respinge chi non ha con lui comunione di sangue e di religione, non può rispettare lo straniero. Difatti gl' Indiani consideravano i *Melcha*, cioè quelli che parlano lingua straniera, come impuri di costumi e di favella, indegni della protezione delle leggi: e il legislatore li colloca nella gerarchia delle creature, dopo gli elefanti, i cavalli e i Sudra: essi sono superiori soltanto ai leoni alle tigri e ai cinghiali [1].

6. Malgrado le scoperte e gli studi di tanti eruditi egittiologhi poco ci è ancor noto della civiltà egiziana, che pur dovette essere splendida, come ne fan fede le

(1) Manù, III, IV, IX, XII.

meravigliose reliquie dei monumenti durate fino ai nostri giorni. Quello che è certo si è che per lungo tempo gli egiziani non riconobbero alcun diritto allo straniero. Popoli anch' essi teocratici e divisi in caste, se non vissero isolati come gl' indiani perchè furono guerrieri e conquistatori, nutrirono un superbo disprezzo per gli stranieri, considerandosi il primo popolo del mondo, identificando anzi l'Egitto col mondo intiero. Sono proverbiali le crudeltà degli egiziani nelle guerre e verso i popoli tributari e vinti. Il Re governa l'Egitto e castiga la terra straniera, dice una iscrizione di Sesostri: quindi gli stranieri sono considerati come delinquenti. Erodoto ci racconta che se uno straniero approdava alle bocche del Nilo, doveva giurare che vi era stato tratto dalla più dura necessità, e, o doveva ripartire immantinente per Canape, o, se i venti l'impedivano, doveva trasportare altrove le merci. Non v'è egiziano, dice lo stesso storico, che voglia abbracciare un greco, nè servirsì del coltello di un greco, nè assaggiare la carne di bove che sia stata tagliata dal coltello di un greco.

Più tardi però, col cadere del reggime sacerdotale, diminuì il rigore verso gli stranieri, i quali ottennero il permesso di entrare nei porti e nel territorio egiziano. Anzi il Re Amasi concesse ad alcune città greche di costruire a Naucrati una specie di porto franco, dove i greci avrebbero potuto esercitare il commercio, con diritto anche di scegliere fra di loro magistrati che giudicassero delle contese sorte fra i greci stessi (1).

---

(1) ROSSELLINI, *Monumenti istorici*, t. III, 1, p. 37, 51, 158, 350,

7. Benchè il popolo ebreo pretendesse di essere il popolo santo, solo depositario al mondo delle verità rivelate, e facesse ogni sforzo per non contaminarsi colle altre nazioni che disprezzava profondamente, pure ci lasciò una legislazione umanissima verso gli stranieri, (eccettuati però quelli appartenenti al popolo maledetto di Cam) che non ha riscontro presso alcun altro popolo dell'antichità. Basta ricordare i più noti passi dei libri biblici per convincersene. « Non contristare nè affliggere il forestiero, conciosiacchè voi siete stati forestieri nella terra di Egitto [1] ». « Siavi il forestiero che dimorerà con voi, come uno di voi che sia natio del paese: amalo come te stesso [2] ». « Maledetto sia chi pervertisce la ragione del forestiere, dell'orfano e della vedova [3] ». « E in quel tempo comandai e dissi ai nostri giudici: Date udienza ai vostri fratelli negli affari che avranno insieme, e giudicate giustamente fra l' uno uomo e l'altro; fratello o straniero che egli gli sia [4] ». Quest'ultima disposizione, che pareggia cittadini e stranieri davanti ai tribunali, è veramente meravigliosa per quei tempi; non mancava che la facoltà di valersi della propria legge perchè il forestiero si trovasse nella condizione fattagli dal Diritto internazionale moderno.

---

e 2, p. 54, 163, 215; t. IV, p. 18, 90, 230. — PIERANTONI, *Trattato di diritto internazionale*, n. 91-115.

(1) ESODO, XXII, 21.

(2) LEVIT, XIX, 33, 34,

(3) DEUT, XXVII, 19.

(4) DEUT. I, 16,

Inoltre lo straniero che accettasse la religione ebraica, che costituiva insieme il gius pubblico e privato, poteva acquistare una specie di naturalizzazione. Si davano due gradi di naturalità. Chi voleva la naturalità completa, diventava *proselite di giustizia*, e doveva dichiarare la sua piena professione di fede alla presenza di tre giudici, colle cerimonie stabilite e colla circoncisione. La naturalità imperfetta invece faceva acquistare il titolo di *proselite di domicilio*, pel quale bastava osservare i precetti fondamentali della religione giudaica. Per la prima lo straniero era assimilato all'israelita: per la seconda poteva vivere col popolo ebreo e godere di certi diritti: ma gli rimaneva interdotto il culto, l'ingresso nel tempio e la celebrazione del Sabato. È incerto se gli stranieri così naturalizzati, almeno quelli della prima specie, godessero di tutti i diritti civili riconosciuti agli ebrei; quello che è fuori di dubbio si è che non godevano l'eguaglianza dei diritti politici, essendo esclusi dalle funzioni e dalle magistrature pubbliche (1).

8. A ben comprendere la condizione dello straniero in Grecia è necessario conoscere le condizioni politiche e sociali in cui vissero le popolazioni elleniche. La Grecia si presenta politicamente divisa in duecento e più città formanti altrettanti stati, retti dalle più svariate forme di governo, tantochè Aristotele trovò da descrivere oltre

(1) SELDEN, *Tractatus de jure naturali et gentium juxta disciplinam Hebraeorum*. — SALVADOR, *Histoire des institutions de Moïse et du peuple Hébreu*, lib. V, ch. III. — PIERANTONI, *Trattato di diritto internazionale*, n. 116 e seg.

cento costituzioni diverse. Nell' interno di ciascuna città o stato, la popolazione dividevasi ancora in fratie, gentes, trittys, naucarie; ed era composta di varie classi di individui, che secondo i diversi stati, chiamavansi *isoteli*, *meticci*, *perieci*, *neodamodi*, *iloti*, *schiavi*, *stranieri* o *barbari*.

Ora, diverse furono le relazioni internazionali che passarono fra gli stati greci, e fra questi e le nazioni non greche, chiamate barbare; come svariatissime furono le condizioni giuridiche assegnate alle varie classi di persone ricordate, cominciando dal libero cittadino e discendendo giù fino allo schiavo ed al barbaro. Fra gli stati greci si ammise spesso col mezzo di trattati o di concessioni unilaterali una certa comunanza di diritto: mentre furono considerati gli altri popoli come barbari e naturalmente inimici: *cum alieniginis*, *cum barbaris aeternum Graecis bellum est* [1]. Di qui la facilità di accordare protezione e diritti agli stranieri *connazionali*; e l' odio e l' esclusione assoluta dello straniero *barbaro*.

9. Però anche fra le stesse città greche, che pur sentivano di essere congiunte da vincoli nazionali, nessun diritto era da principio riconosciuto al cittadino fuori del territorio della sua patria senza espliciti trattati, decreti o plebisciti.

Il primo temperamento alla esclusione assoluta dello straniero lo troviamo nell' istituto dell'ospitalità, la quale fu praticata da tutti i popoli antichi, ma raggiunse in Grecia, e specialmente in Atene, che si vantava di essere

(1) Livio, XXXI, 29.

la città più umana del mondo, il più alto grado di cortesia, quasi di fratellanza collo straniero.

L'ospitalità, che Pindaro paragona all'amor della patria, era un vincolo sacro fra gli ospiti, che si tramandava di padre in figlio, e che obbligava a proteggere in tutti i bisogni della vita l'ospitato e a rappresentarlo e difenderlo davanti i tribunali. Da prima non fu che un sentimento e un istituto privato, poi divenne un dovere e una funzione pubblica colla *proxenia*, istituzione importantissima, di cui però non si conoscono bene tutte le attribuzioni. Erano i *proxenes* generosi cittadini incaricati dallo stato di proteggere, difendere e rappresentare gli stranieri; e qualche volta tale ufficio veniva conferito a cittadini di altro stato, nel qual caso i proxenes rassomigliavano moltissimo ai consoli dei tempi moderni.

10. Ma la proxenia, come osserva il Laurent, suppone che lo straniero goda dei diritti civili, non potendosi rappresentare chi è senza diritto. Quali dunque erano i diritti lasciati allo straniero?

Tutti i diritti di cui potevano godere gli stranieri si fondavano, come si disse, sopra volontarie concessioni risultanti da trattati, da decreti e da altre leggi. Ora, la mancanza di molti di questi atti, e la moltiplicità e varietà, secondo i diversi stati, di quelli che ci rimangono, rendono quasi impossibile una risposta sicura. In alcuni stati certe categorie di stranieri potevano possedere, testare, contrarre matrimonio, adire i tribunali, esercitare il proprio culto: in Atene potevano persino ottenere la cittadinanza: mentre a Sparta per lungo tempo

fu praticata la *xenelasia*, o divieto assoluto dell' ingresso dello straniero nel territorio spartano [1].

Il massimo godimento di diritto si otteneva colla *isopolizia* e colla naturalizzazione. Quella era reciprocamente convenuta fra alcuni stati con pubblici trattati e produceva una perfetta eguaglianza nel godimento dei diritti civili e politici fra i cittadini degli stati medesimi; questa veniva accordata con decreto, il quale doveva essere confermato dall'assemblea del popolo con almeno seimila voti segreti. Però le cariche più elevate dello stato, come l' Arcontato, non potevano conferirsi che ai cittadini i cui ascendenti paterni e materni avessero goduto per tre generazioni del diritto di cittadinanza. Nei tempi della sua decadenza, Atene concedeva il diritto

(1) Gli Spartani, che si distinsero da tutti gli altri popoli della Grecia pei loro costumi, per le loro leggi e persino nella foggia del vestire, ebbero anche una legge straordinaria, attribuita a Licurgo, che proibiva rigorosamente l' entrata degli stranieri, e detta *xenelasia.* Dice Tucidide che tale legge fu emanata perchè gli stranieri non conoscessero le leggi e le virtù spartane, e non le diffondessero nei loro paesi. Motivo frivolo: gli spartani volevano restare nel loro isolamento, e temevano che gli stranieri corrompessero le loro leggi e i loro costumi, di cui erano gelosissimi: da ciò la xenelasia. Platone (*Leggi,* V e XII) giudicò questa legge piena d' orgoglio, ingiusta, e anche chimerica per l' impossibilità di eseguirla. Negli ultimi tempi la xenelasia perdette dell' antico rigore: si ammisero gli stranieri ai giochi, si accolsero i profughi, e s' istituì persino la *proxenia*, come negli altri stati ellenici. — (V. De La Nauze, *De loi des Lacedemoniens qui défendait l' entrée aux étrangers*, nelle Mem. de l' Ac. des Inscript, t. XII, p. 159. — Plutar. in *Lycurg*).

di cittadinanza a chi lo domandava: onde Demostene così rimproverava i suoi concittadini: « Il titolo di cittadino sembrava ai nostri maggiori importante, glorioso, inestimabile; ma oggidì voi lo prodigate e lo vendete come la più vile mercanzia a degli uomini perduti, agli schiavi e ai figli degli schiavi [1] ». Attico lo rifiutò, perchè era ormai divenuto piuttosto un titolo umiliante che onorevole [2].

11. Si è visto che fra i diritti accordati allo straniero in Grecia eravi quello di adire i Tribunali; diritto pel quale anzi non era sempre necessario un trattato o una concessione espressa, bastando la *proxenia.*

Ma quali erano i tribunali competenti, e quale diritto dovevano applicare quei tribunali? Tuttociò è molto incerto. In Atene troviamo il *Polemarco*, specie di pretore peregrino, incaricato di giudicare su tutte le questioni dei forestieri. Fra alcune città si stipularono anche trattati, per creare dei tribunali misti di cittadini appartenenti ai popoli contraenti: se i membri di questo tribunale internazionale non si trovavano d'accordo, si nominavano dei giudici di un terzo stato perchè definissero la questione. Non si sa poi quale diritto applicassero questi giudici; ma è quasi impossibile ammettere che riconoscessero alcuna efficacia alla legge nazionale degli stranieri, non avendo gli antichi alcuna idea di ciò che oggidì chiamasi statuto personale.

12. Malgrado quanto abbiamo accennato, la condizione dello straniero in Grecia, tranne alcune eccezioni, come

---

(1) Demost, *De ordin. Rep.*

(2) Cornel. Nep., Attic. iii.

quelle dei naturalizzati e degli isoteli, era in generale umiliante e piena di vessazioni. In alcune città dovevano vivere in un quartiere speciale, vestire differentemente dai cittadini, pagare una tassa all'erario pubblico e dare cauzione per adire i tribunali. In Atene i meticci erano profondamente disprezzati. Aristofane diceva che i meticci stavano ai veri cittadini come la paglia al grano (1). Se essi non trovavano un protettore che rispondesse per loro detto *prostate*, èrano rei di *aprostasia*, delitto punito colla confisca dei beni e colla schiavitù.

Quanto agli stranieri *barbari*, i Greci, tranne rarissime eccezioni, li consideravano fuori d'ogni comunanza di diritto, come schiavi o bruti (2).

13. Non è facile cosa il dare una descrizione esatta della condizione giuridica degli stranieri in Roma. Prima, perchè lo stato romano abbracciò parecchi popoli viventi con leggi diverse, e aventi con Roma i più svariati rapporti secondo i trattati e secondo la forma della conquista. Poi, per le varie fasi a traverso le quali passò successivamente la legislazione romana risguardante gli stranieri.

Ecco, in poche parole, alcune notizie più sicure intorno a questo controverso argomento.

14. Anche a Roma, come in Grecia, impera da prima in tutta la sua logica severità, il principio che la *civitas* (jus quiritium, o jus civitatis) è il fondamento d'ogni

---

(1) ARISTOF. *Lisistrat*, v. 580.

(2) SCHOEMANN, *Antichità greche*, v. II. — MEIER, *De proxenia*. — DE LA NAUZE, *De loi des Lacedemonienses ecc.*, loc. c. — LAURENT, I, n. 67, e seg. — PIERANTONI, I, n. 292, e seg.

diritto politico e civile. Solamente chi è cittadino romano gode del *connubium*, del *commercium*, del *suffragium* e degli *honores* che costituiscono appunto il complesso degli atti della vita civile e politica a cui ha diritto un cittadino perfetto, *civis optimo jure*. Chi non appartiene alla famiglia romana è straniero, ed è quindi fuori d'ogni comunanza di diritto. Perciò la sua persona e le sue cose se cadono in potere dei romani vengono legittimamente acquistate; come reciprocamente hanno diritto di fare gli stranieri verso i romani. « *Quod autem ex nostro ad eos hostes pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab iis captus, servus fit illorum. Idemque est si ab illis ad nos aliquid perveniat* (1) ».

Gli scrittori non sono d'accordo nello stabilire il significato delle parole *hostis* e *peregrinus* (2), che s'incontrano ad ogni passo nelle leggi e negli scrittori romani. Il Fadda sostiene contro il Laurent che hostis non è lo straniero in guerra con Roma, perchè questo chiamasi *perduellis*; e crede che fra hostis e peregrinus passi quella sola differenza che vi è tra il concetto dello straniero nei tempi primitivi e quello dello straniero nei tempi posteriori. E così spiega la legge delle XII Tavole « *adversus hostes aeterna auctoritas esto* » la quale suppone, anche secondo il Mommsen e il Voigt, che l'hostis appartenga ad uno Stato avente rapporti giuridici con Roma, significando appunto *auctoritas* « la garanzia dovuta da colui che ha alienato una cosa per via di eman-

(1) L. 5, § 2, D, XLIX, 15.

(2) MOMMSEN, *Röm. Forsch.*, I. 326.

cipazione » garanzia impossibile per chi è fuori d' ogni diritto, come lo straniero propriamente detto e il perduelle. [1].

15. Del resto, lasciando stare ogni questione di parola, è certo che in origine lo straniero; anche se apparteneva a uno stato che non fosse in guerra con Roma, era escluso da ogni godimento di diritto.

Più tardi però Roma, divenuta centro commerciale e politico di molti popoli dipendenti, dovette recedere dall' antico rigore verso lo straniero, rigore che d'altra parte era già stato mitigato dall'istituzione dell'*hospitium*, che rappresenta presso tutti i popoli, la prima forma rudimentale di protezione dello straniero.

Lo straniero quindi diventò *peregrinus*, nome che, come notava Cicerone, significa un grande progresso nel riconoscimento dei diritti al forestiero: « hostis enim apud maiores is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus [2] ».

Ma chi era *peregrinus*, e di quali diritti godeva?

Per comprendere tutto questo conviene partire dal fatto che Roma non riconobbe mai alcun diritto allo straniero che non appartenesse a popoli dipendenti, o legati a se da qualche pubblica convenzione. Di qui la necessità di conoscere i diversi gradi di dipendenza in cui si trovavano nei diversi tempi i vari popoli soggetti alla dominazione romana, e i molteplici trattati stipulati coi popoli autonomi, per

(1) FADDA, *La condizione giuridica dello straniero presso i romani,* inserita nell' opera *Lo straniero* di GIANZANA, vol. I, p. 1, pag. 70-73.

(2) CICER. *De officiis,* I, 12.

potere farsi una idea delle varie categorie di peregrini e della loro capacità giuridica. Non potendo, nè volendo entrare in tale studio difficilissimo e non necessario per questi cenni, possiamo contentarci di sapere che erano detti peregrini i latini, i deditizi, i cittadini dei municipi e delle provincie, e in generale, i cittadini di quegli stati che avevano con Roma trattati d'amicizia, d'ospizio, d'isopolizia o che erano protetti dal *jus applicationis*. Erano pure peregrini coloro che avevano perduta la cittadinanza romana. Tutte queste categorie di persone venivano chiamate col nome generico di peregrini; e godevano, in generale, dello *jus gentium;* ma in misura affatto diversa, secondo i patti e le concessioni unilaterali, e secondo la maggiore o minore dipendenza lasciata ai popoli soggetti.

16. I peregrini, come abbiamo detto, erano privi dei diritti fondati sul *jus civile*, che si raccoglievano nel *connubium* e nel *commercium*, e dei diritti politici *(jus suffragii* e *jus honorum)*.

Mancando del connubium, non potevano contrarre matrimonio civile *(justae nuptiae)*, nè quindi acquistare la potestà paterna, la parentela civile, la tutela, la curatela e tutti gli altri diritti dipendenti da quell'istituto fondamentale. Senza commercium non potevano acquistare la proprietà civile o quiritaria, *dominium ex jure quiritium;* quindi erano privi della mancipazione, della cessione giudiziaria, dell'usucapione, dell'eredità civile, del nexum e di altri contratti di diritto civile. Erano poi affatto esclusi dal diritto di voto e di far parte del governo dello stato *(jus suffragii*, *jus honorum)*. Invece i peregrini godevano dei diritti riconosciuti dallo jus gentium. Che cosa era il jus gentium?

17. Disputano vivamente gli scrittori sul significato di questa espressione. Io credo, col Fusinato, che i romani l' adoperassero ad indicare relazioni e diritti tanto d'ordine pubblico che d'ordine privato; ma sempre relazioni e diritti comuni a tutti i popoli. Quindi il jus gentium pubblico sarebbe stato il diritto pubblico esterno comune a tutte le genti, compresa la romana, in opposizione al *jus fetiale*, che era il diritto pubblico esterno proprio dei soli romani: come indubitamente il jus gentium privato conteneva il diritto civile comune a tutti i popoli e quindi anche a Roma, in opposizione al diritto privato particolare ai soli romani, *jus civile romanorum*. « Talchè, dice il Fusinato, nelle relazioni private, il jus gentium, sarebbe in certa maniera un diritto internazionale privato di fronte al diritto privato nazionale di Roma; egualmente come nelle relazioni pubbliche si manifesterebbe come un diritto pubblico esterno internazionale di fronte al diritto pubblico esterno nazionale di Roma (1) ». Questo diritto viene poi così denominato perchè deriva dalla stessa natura umana ed è praticato da tutte le genti: « Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque *jus gentium*, quasi quo jure omnes gen-

(1) Fusinato, *Dei feziali e del Diritto feziale*, p. 15-20. Confr. i molti autori ivi citati, specialmente il Voigt. Vedi pure Mommsen, *Römisches Staatrecht*, III, p. 603-606, (Leipzig, 1887); e l'interessante articolo « *Ius gentium* » di Nettleship, inserito nel *Journal of Philology*, Vol. XIII, n. 20, p. 169-181 (London, 1885) dove vengono riferiti i diversi luoghi delle fonti romane che fanno menzione del *jus gentium*. — Sumner Maine, *Ancient law*, p. 40 e seg. (London, 1885).

tes utuntur. Populus itaque romanus partim suo proprio, partim comuni omnium hominum jure utitur [1] ». Onde la giusta osservazione di Cicerone riguardo al diritto: « quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium idem civile esse debet [2] ».

18. Questo privato diritto che i Romani avevano trovato identico presso tutti i popoli conosciuti, e che costituiva una parte dello stesso jus civile romano, era il diritto dei peregrini. I peregrini pertanto, secondo questo diritto, potevano in generale contrarre matrimoni validi (semplici *nuptiae*, o mero *matrimonium*), i quali producevano gli effetti ammessi dal diritto delle genti. Quindi i figli nascevano legittimi, e l'adulterio della moglie era punito come un delitto. Potevano acquistare la proprietà naturale, in *bonis* mediante l'occupazione, la specificazione, la tradizione, la confusione. Erano capaci di obbligare e di obbligarsi civilmente, di fare testamento e di succedere con certe restrizioni, di esercitare il proprio culto nazionale, e di molti altri diritti riconosciuti dal diritto delle genti.

19. Senonchè, come nota Van Wetter [3], il diritto delle genti non è l'elemento esclusivo della condizione civile dei peregrini. Un'altra fonte dei diritti per gli stranieri sono i trattati pubblici, le leggi, i senato-consulti, le costituzioni imperiali e gli editti dei governatori delle provincie, coi quali atti si restringevano o si allargavano

(1) Gaius, I, 1.

(2) Cicer., *De offic.* III, 17, 69.

(3) P. Van Wetter, *De la condition civile des étrangers d'après le droit romain,* in Laurent, op. c. t. I, p. 671.

i diritti dei peregrini, creando per tal modo fra di loro quelle diverse categorie che abbiamo più sopra accennato.

20. Ma quasi tutte queste distinzioni scomparvero colla celebre costituzione di Caracalla che accordò la cittadinanza a tutti i sudditi liberi dell'impero. Qualunque fossero gli scopi, fiscali o politici, di quella legge è certo che essa produsse l'effetto naturale di unificare il diritto civile nello stato romano, e di renderlo applicabile a tutti gli abitanti del medesimo. Però, non è a credersi che per tal modo il diritto romano diventasse un diritto territoriale, comunicabile ed obbligatorio a chiunque ponesse piede entro i confini dello Stato. Difatti, oltrechè rimasero escluse dal diritto di cittadinanza alcune città libere che conservarono le loro leggi, gli effetti di quella costituzione non si estesero agli stranieri che vennero dopo assoggettati al dominio romano, ai popoli barbari, alle persone che avevano per condanna perduta la cittadinanza, e a quelle affrancate secondo la legge Giulia Norbana. I romani adunque, come non conobbero un vero e proprio diritto personale nel senso moderno, così non ebbero neppure una assoluta legislazione territoriale.

21. Fino qui si è visto quali fossero i diritti accordati allo straniero: ora, come erano essi garantiti? qual tribunale era competente a decidere delle controversie?

Due singolari magistrature troviamo in Roma destinate a rendere giustizia ai peregrini: i *Recuperatores*, e il *Praetor peregrinus*. L' istituto della *recuperatio* ci è così definita da Festo: « Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinos lex convenit, quomodo per recuperatores

reddantur res, recuperenturque, resque privatas inter se persequantur [1] ».

La *recuperatio* è la prima forma di giustizia internazionale: ma non può sussistere senza un trattato, come pare abbia opinato il Fadda [2].

Nel trattato recuperatorio veniva stabilito che le controversie fra gli stati contraenti, e fra i rispettivi cittadini, sarebbero risolute da un tribunale misto di membri dei singoli stati. È certo dunque che questo tribunale aveva competenza per materie di diritto privato, benchè sia oscuro il modo col quale veniva composto, il numero de' suoi membri e la procedura colla quale rendeva i giudizi.

22. Più difficile ancora è il sapere quale legge applicassero i recuperatores. Giudicavano secondo il loro criterio giuridico, o erano obbligati ad applicare una legge stabilita? E in quest'ultima ipotesi, applicavano la legge romana, o la legge nazionale dei contendenti, o il *jus gentium* in tutto o in parte? Tutto questo è molto controverso. È più probabile però che, formando essi un tribunale misto, come osserva il Laurent [3], non abbiano giudicato in modo esclusivo, nè colla legge romana, nè colla legge straniera, ma abbiano tenuto conto del diritto dei contendenti, seguendo così una specie di diritto delle genti più largo di quello che dopo applicarono i pretori peregrini. Nelle provincie poi, dove pure giudicavano i recuperatores, è più

---

(1) Festus, v. *Reciperatio.*

(2) Fadda, op. c. p. 76.

(3) Laurent, op. c. n. 105.

naturale che seguissero il diritto locale quando i contendenti erano provinciali, e il diritto delle genti quando una parte era romana.

23. Ma quando Roma allargò le sue conquiste e fu ripiena di peregrini che affluivano da tutte le parti per cercarvi onori, ricchezze, divertimenti, o per affari pubblici o privati, si dovette creare una Magistratura apposta per decidere le controversie che insorgevano fra i peregrini, e fra i peregrini e i romani. Pomponio infatti lasciò scritto: « post aliquot deinde annos, non sufficiente eo praetore (urbano), quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est alius Praetor, qui peregrinus appellatus est, ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus dicebat (1) ». Coll'istituzione di questa speciale magistratura dovettero cessare, almeno in Roma, i recuperatores perchè questo tribunale supponeva sempre un trattato, come si è visto, e perchè il pretore peregrino doveva applicare solamente il diritto delle genti, che egli formulava nel suo editto.

24. È difficile prevedere un conflitto fra il jus civile e il jus gentium per la natura stessa di quest'ultimo, che abbiamo sopra descritta (n. 17); tuttavia pare che collisioni avvenissero: nel qual caso il jus gentium avrà dovuto cedere al jus civile tutte le volte che si sarà trovato in opposizione a leggi che oggidì diremmo *proibitive*, di *ordine pubblico* o risguardanti i *buoni costumi*. Il Saredo scrive in proposito: Se p. e. il *jus civile* vietava il matrimonio entro un certo grado di parentela, il *jus*

(1) L. 2, § 28, D. I, 2.

gentium non avrebbe bastato ad autorizzarlo in Roma, quand' anche il diritto dei popoli stranieri ne avesse riconosciuto le validità. Parimenti i contratti vietati dal jus civile, come i debiti di giuoco e gl' interessi usurari non davano luogo ad una naturalis obligatio. Quando però una legge straniera era in aperto conflitto col jus civile romano, non solo non le si riconosceva alcuna autorità, ma, se si trattava di popoli alleati, questi erano obbligati dal Senato romano ad abrogarla. Tito Livio riferisce il celebre esempio della legge fatta adottare dal Tribuno M. Sempronio, colla quale si obbligavano gli alleati e i popoli dal nome latino, presso i quali non era vietata l'usura, a conformarsi in materie di prestiti alla legge romana: « ex autoritate patrum plebem rogavit, plebesque scivit, ut cum sociis ac nomine latino pecuniae creditae jus idem, quod cum civibus romanis, esset (1) ». La regola adunque, conclude il Saredo, era questa: che anche in Roma dovevano osservarsi le leggi dei popoli non romani, e applicare alle obbligazioni contratte in paese straniero le leggi di questo paese; salvo che una legge romana imponesse l'osservanza del diritto romano (2).

25. Il Savigny ha giustamente richiamata l'attenzione

(1) Livio, XXXV, 7.

(2) Saredo, *Saggio sulla storia del Diritto internazionale privato*, n. 24 e 25. — Foelix, *Traité de droit international privé*, t. I, n. 3; e nota di Demangeat, ivi, p. 7 (ed. 3.a). A provare l'azione del jus civile sul jus gentium, Saredo cita le parole di Cicerone, (*De part. orat.* c. 37) « *ut nostros mores legesque tueamur, quoddammodo naturali jure praescriptum est* »: ma abbiamo verificato che questo passo non ha alcun rapporto colla nostra materia.

dei dotti sull' importanza che ebbero nello svolgimento del diritto e della civiltà la dottrina del cristianesimo e la invasione dei barbari.

Lasciando ora stare le sottili e spesso partigiane dispute sulla influenza del cristianesimo, il quale, secondo alcuni, meriterebbe solo la gloria d' avere introdotto il diritto fra i popoli, mentre secondo altri avrebbe fatto più male che bene, è certo, per chi giudica spassionatamente, che la provvidenziale combinazione di questi due grandi fattori, concorse a formare i germi del diritto moderno. La Chiesa, continuatrice della politica di Roma, rappresentò l'elemento dell'universalità, il cosmopolitismo e la unità religiosa; i barbari invece recarono con se il nuovo e fino allora ignoto elemento dell' individualità, il rispetto alla persona umana, il punto d' onore. La Chiesa senza i barbari avrebbe forse rinnovata ed esagerata l' unità assorbente dell' impero romano: i barbari senza la Chiesa avrebbero frazionata la società in tanti stati fra di loro isolati e nemici, quante erano le razze da cui derivavano. S' aperse allora, dice il Buscemi, un grande periodo di lotta, in cui i popoli tratti da forza misteriosa, venivano ciecamente a confondere nel seno d' un profondo scompiglio i loro vigorosi istinti e le loro tendenze diverse. Tutto fu lotta: la gleba e il padrone; l'evirata civiltà e la robusta barbarie; la voluttà del vecchio paganesimo e la severa giovinezza della religione di Cristo; l'energia dell'individuo e l' onnipotenza dello stato; la sapienza delle leggi romane e la varietà delle barbariche costumanze (1).

---

(1) Buscemi, *Archivio giuridico*, t. VIII, p. 338.

26. Quale fu il risultato di questa lotta? I barbari, come osserva il Savigny [1], potevano trattare i vinti in differenti maniere. Potevano annientare la nazione, sterminando o asservendo gli uomini liberi; e potevano incorporarla a loro, imponendole i costumi, la costituzione e le leggi della Germania. Non fecero nè l'una, nè l'altra cosa. Confusi sul medesimo territorio, vinti e vincitori, conservarono costumi e leggi distinte, che generarono poi quella specie di diritto civile, chiamato diritto personale o legge personale, in opposizione al diritto territoriale. Nello stesso paese, nella stessa città il longobardo viveva secondo la legge longobarda, il romano secondo la legge romana. Lo spirito delle leggi personali regnava egualmente fra gl'individui delle diverse tribù germaniche; e i franchi, i borgognoni, i goti, vivevano sopra lo stesso territorio ciascheduno secondo il suo diritto, onde il Vescovo Agobardo poteva deplorare il fatto « che si vedessero spesso conversare insieme cinque persone, nessuna delle quali obbedisse alle medesime leggi ».

Ma come avvenne questo fatto strano e fino allora unico nella storia, pel quale ciascun popolo e ciascheduno individuo poteva, e doveva anzi, governarsi colle proprie leggi nazionali o personali? Il Montesquieu [2], lo Schupfer [3], il Laurent [4], affermano che questo sistema delle

---

(1) Savigny, *Histoire du droit romain*, t. I, p. 89 (trad. Guenoux).

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. 2.

(3) Schupfer, *Istituzioni politiche longobardiche*, p. 156 e seg.

(4) Laurent, op. c. n. 169.

leggi personali i barbari lo portarono seco dalle loro foreste dove vivevano divisi in tribù aventi costumanze e leggi diverse, sicchè, quando si furono mescolati nelle emigrazioni « la patrie, come dice Montesquieu, etait commune et la république particuliére: le territoire etait le même et les nations diverses ». Secondo il Savigny [1] invece il diritto personale sarebbe nato dall' urto della conquista. Il vincitore avrebbe conservato i suoi costumi lasciando le loro leggi ai romani. E quando i barbari si fecero la guerra fra di loro, avrebbero seguito la stessa politica verso i vinti: di qui l' origine della personalità del diritto, dapprima ristretta ai barbari vincitori e ai romani, poscia man mano estesa ai nuovi popoli conquistati. Naturalmente rimanevano esclusi gli stranieri appartenenti a stati autonomi, pei quali non vi era diritto. Comunque, del resto, si decida siffatta questione, forse insolubile per mancanza di documenti espliciti, è certo che per un qualche spazio di tempo prevalse il sistema detto delle leggi personali.

27. Ora come funzionò questo sistema?

Come principio generale era ammesso che ciascheduno si governasse colla propria legge nazionale: perciò nei contratti le parti dovevano fare la professione di legge; e nei giudizi il magistrato doveva, prima d'ogni cosa, chiedere secondo qual legge vivessero i contendenti. I testi abbondano in questo senso [2].

---

(1) Savigny, op. c. § 30-31.

(2) Marculf, form. I, 8. — Chlothar, II, c. 4. — Pipp. *cap.* a. 768, c. 10.

In forza di questo sistema, lo stato e la capacità delle persone e il diritto successorio erano regolati dalla legge nazionale e personale. Nei contratti prevaleva la legge personale del contraente ritenuto di maggiore dignità, nei giudizi civili si applicava la legge nazionale del convenuto, nei processi penali la legge personale dell'offeso, tranne che pei reati di carattere pubblico ai quali si applicava il diritto germanico. Il Savigny, il Pertile, il Saredo, il Padelletti hanno dimostrato erronea l'opinione di ritenere che la scelta della legge fosse libera: tranne alcune eccezioni, come p. e. pei figli naturali, le mogli, i libertini, e, in alcuni casi, il clero, le monache e gli abitanti di Roma, era invece obbligatoria per ciascuno la sua legge nazionale.

28. Le regole che siamo venuti esponendo riguardavano solamente i rapporti di diritto, e, se vuolsi, i conflitti delle leggi, fra le varie razze barbariche conquistatrici o conquistate e fra i romani: ma non erano comunicabili allo straniero, cioè a colui che non apparteneva ad alcuna società dei popoli vincitori o vinti. Questi era incapace d'ogni diritto. I Warganei, garganei, advenae o peregrini, che così chiamavansi gli stranieri, potevano essere venduti come schiavi ed anche uccisi: « Peregrinum, dice Meginardo, qui patronum non habebat, vendebant Saxones ». Però l'istituto dell'ospizio, largamente praticato dai germani, mitigava d'ordinario quella crudele condizione. In alcuni casi l'ospizio fu persino reso obbligatorio dalle leggi; e fu stabilito che chi ospitava per tre notti uno straniero ne diventava il garante e il protettore. Più tardi il re stesso diventò il protettore degli

stranieri, i quali gli dovevano, in compenso dell'accordata guarentigia, detta mundio o munderburdio, pagare un'annua contribuzione. Tuttavia, se lo straniero, protetto da un cittadino libero e capace di rispondere per lui, o dal sovrano, non poteva essere assoggettato a violenze personali, gli era però interdetto, non solo ogni partecipazione alla vita pubblica, ma altresì il godimento dei più importanti diritti civili, come quello di succedere e di disporre de' suoi beni.

Di qui il diritto di naufragio, e quello di albinaggio sulla cui origine e natura si è tanto disputato [1], e che consisteva nel diritto del Fisco di raccogliere, ad esclusione di qualunque altro, la successione dello straniero non naturalizzato, di succedere allo straniero naturalizzato quando non avesse disposto dei propri beni e quando non lasciasse erede cittadino o naturalizzato, e di succedere infine al cittadino che avesse rinunciato alla patria.

29. La condizione dei forestieri non migliorò, anzi in alcuni luoghi divenne peggiore, col sorgere dell'ordinamento feudale e coll'attuarsi dovunque del sistema delle leggi territoriali. Scioltosi l'impero carlovingio, il feudalismo divise l'Europa in un numero infinito di piccole signorie fra di loro isolate e nemiche, in ciascheduna delle quali il Signore era nello stesso tempo proprietario e sovrano del suo territorio, e chiunque poneva piede nel medesimo diventava perciò stesso soggetto alle leggi

(1) Bacquet, *Traité de droit d'aubaine.* — Montesquieu, *Esprit des lois,* XXI, 17. — Volpicella, *Diritto di Albinaggio.* — Laurent, op. c. I, n. 190-192.

ivi vigenti. Di qui quella profonda rivoluzione giuridica conosciuta sotto il nome di territorialità del diritto. Dove prima ciascun individuo era governato dalla legge della razza o nazione, indipendentemente dalle leggi locali, ora invece ogni persona è assoggettata in tutto e per tutto alla legge del feudo in cui si trova, la quale, naturalmente, non ha alcuna efficacia fuori del medesimo.

Or come avvenne questo strano e radicale cambiamento e come si potè verificare tanta diversità fra i vari diritti territoriali imperanti, o le coutumes? Ci sembra che il Laurent [1] abbia meglio d' ogni altro spiegato il curioso fenomeno. Se il diritto, egli dice, da personale divenne reale fu perchè mancò il fondamento della personalità: il diritto fu personale perchè le razze furono distinte, e su certi riguardi, ostili; ora, dopo una coesistenza di cinque secoli, le razze si fusero; i gallo-romani divennero barbari, e la distinzione fra le tribù germaniche disparve. Da quell' epoca la personalità del diritto non aveva più ragione di essere. Il diritto divenne reale per ciò solo che non poteva più essere personale. La rivoluzione si fece per la forza delle cose, perchè non vi era più motivo che il diritto variasse a ragione della nazionalità.

La grande diversità poi dei diritti territoriali si spiega facilmente considerando come i Signori trasportassero nel feudo quello spirito d'indipendenza che dominava prima in ogni singolo individuo, tanto da ritenere ciascun ducato o ciascuna baronia o contea, come persone distinte

(1) Laurent, op. c. n. 193-198 — Savigny, op. c. I, p. 127.

e indipendenti. Quindi, a seconda della razza che preponderò in ciascun feudo, si formarono altrettante legislazioni o coutumes, che furono naturalmente reali, onde l'assioma francese « toutes coutumes sont réelles » e l'espressione di Boullennois: le leggi furono tra loro nemiche come i popoli. A creare e mantenere questa condizione di cose contribuì l'isolamento caratterisco di quell'epoca, pel quale, come dice Michelet, l'uomo prendeva radici, s'incorporava alla terra, e non sapeva più se esistesse un mondo oltre la sua vallata. Onde, la vita essendo locale, il diritto espressione della vita, doveva variare all'infinito.

30. Come si disse, il regime feudale peggiorò in molti luoghi la condizione dei forestieri. I baroni non solo esercitarono il diritto di naufragio, di albinaggio, di foris maritagium, ma, per far danari, imposero gabelle ai confini dei loro feudi, sopra ogni via, ogni porta, ogni ponte, ogni mercato, costringendo i viandanti e i mercanti a passare per determinate vie e negoziare in determinate piazze per obbligarli al pagamento delle tasse.

Ma, come dice il Morpurgo [1], di altri mezzi e ben

(1) MORPURGO, *Sulla condizione giuridica dei forestieri in Italia nei secoli di mezzo.* (Archivio Giuridico, t. IX, p. 260). Nota il Morpurgo che i feudatari erano tanto più feroci quanto più bassa era stata la loro precedente condizione. La quale per molti fu invero bassissima. Prima in Germania e poscia in quasi tutti i paesi si convertirono le varie parti del servizio domestico delle grandi case in feudi nobili, e gli antichi servi e liberti diventarono baroni. I Patriarchi di Aquileia accordavano feudi ai loro coppieri, prestinai, cuochi, portalettere, ai custodi delle carceri ecc.

più tristi si servivano i baroni per aumentare le loro rendite. Essi arrestavano, spogliavano, e riducevano in servitù gli stranieri, col pretesto che erano servi fuggitivi cui era lecito dare la caccia (wildfange, wildflügel).

Tale mostruoso arbitrio si convertì poi in massima legale: si applicò alla libertà la prescrizione trentennaria romana, e chi senza il permesso del signore soggiornava sulle sue terre per tale spazio di tempo diveniva suo servo: poi i trent'anni vennero ridotti ad un anno e un giorno, e finalmente bastò a render servo il metter piede sul territorio di un feudatario senza il suo permesso, d'onde l'adagio: *l' aria fa servo.*

31. Il cristianesimo, il commercio, le istituzioni comunali, lo studio del diritto romano, concorsero a migliorare le condizioni degli stranieri. La dottrina cristiana, sopprimendo una delle cause dell'isolamento e dell'odio fra i vari popoli, la diversità di religione, e proclamando l'uguaglianza di tutti gli uomini dinnanzi a Dio, gettò le basi della fratellanza universale ed elevò la dignità della persona umana. Il commercio, come, dimostrò il Montesquieu [1], fu e sarà sempre uno dei più grandi coeficienti della civiltà e delle pacifiche relazioni internazionali. E anche nel medio evo gli scambi frequenti tra i diversi paesi servirono mirabilmente ad avvicinare i popoli tra loro e a far penetrare nelle costumanze e nelle leggi il rispetto dello straniero. Fu l'interesse stesso che spinse a rispettare lo straniero per essere a sua volta rispettati fuori della patria, e per evitare

(1) MONTESQUIEU, op. c. XX, 2.

quelle terribili *rappresaglie* che in quel tempo minacciavano per un nonnulla la sicurezza delle negoziazioni internazionali.

32. Il sorgere dei Comuni italiani aperse una nuova era alla condizione degli stranieri. Alcuni hanno esagerato il trattamento favorevole fatto ai medesimi; ma è certo che, in confronto dell'epoca precedente e delle leggi feudali, fu assai umano e che contenne i germi dell'attuale diritto internazionale privato. Lo straniero poteva facilmente acquistare la cittadinanza, purchè si sottomettesse alle leggi locali e stabilisse il domicilio in città. In alcuni luoghi anzi si invitavano gli stranieri con ogni sorta di privilegi, fino ad accordare l' immunità per debiti anteriormente contratti; di qui i famosi *Borghi franchi*, nei quali lo straniero rifugiato diventava subito libero e cittadino, contrapponendosi alla massima feudale « l' aria fa servo » il nuovo principio « l' aria fa libero ». Speciali favori si accordavano poi agli stranieri che potessero essere utili al Comune nelle arti o nelle scienze; onde i Professori, gli studenti, gli artisti valenti venivano colmati di riguardi e di onori.

Ma la generalità andava soggetta a moltissime restrizioni. Gli stranieri che non ottenevano la cittadinanza non potevano acquistare beni immobili, nè diritti di usufrutto o di enfiteusi, prendere danari a mutuo dai cittadini, vendere al minuto certe merci, contrarre società commerciali; e in alcuni luoghi era loro interdetto di sposare una cittadina, di entrare nello stato, avendo debiti o nimicizie con qualche cittadino, senza il consenso

di questo, di soggiornarvi senza avere prestato una cauzione *de bene vivendo*, ecc. [1].

Il diritto di rappresaglia aumentava le difficoltà e le vessazioni. Contrariamente alla massima romana: « Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent » si praticò l'ingiusto principio pel quale ogni cittadino era solidale col comune e coi suoi concittadini. Si può immaginare come tale sistema, sanzionato e disciplinato in tutti gli statuti, dovesse turbare le relazioni fra paese e paese, e autorizzare, colle *lettere di rappresaglia*, una specie di guerra privata contro tutti i conterranei del debitore.

33. Ma, malgrado tutto questo, nella legislazione comunale troviamo le traccie di quella dottrina degli

(1) Vedasi come era regolato a Parma il *diritto di espulsione* dello straniero: « Ad honorem et utilitatem communis Parmae et hominum civitatis Parmae, statutum est, quod aliquis forensis qui veniat in futurum ad civitatem Parmae, qui forasterius sit *malus homo, et malae famae, et opinionis, seu conditionis, et infamatus, seu damnatus de maleficio;* et qui habet, seu habebit inimicitias cum aliquibus civibus Parmae, seu cum aliquo cive, culpa seu facinoritate ipsius forasterii, et hoc denunciatum fuerit Potestati, D. Potestas, teneatur et debeat *licentiare et expellere* dictum forasterium de civitate et episcopatu Parmae; et si postquam fuerit licentiatus et expulsus, ut supra dictum est, et repertus fuerit in civitate vel episcopatu Parmae, possit impune offendi *realiter et personaliter* citra mortem, absque ulla poena imposita et imponenda pro communi Parmae; et si aliquis dabit eidem forasterio auxilium, consilium et favorem, postquam fuerat licentiatus, solvat pro banno quinquaginta libras parmenses ». (*Stat. parm.* lib. III, rubr., « *De forast. non permitt. stare in civit.* » pag. 123 (Parmae, Viothi, 1590).

statuti, onde si resero famosi i glossatori e i postglossatori, e di cui parleremo più innanzi. Si ammettevano infatti i principi, formulati poi dai dottori che: « statuta in non subditos jurisdictioni statuentium disponere non possunt » - « civis ligatur etiam extra territorium statuto patriae » - « locus regit actum » - « in decisivis debet quis judicari secundum leges patriae suae, licet fiat processus secundum statutum loci in quo judicium ventilatur » ecc.

In forza di queste massime e del principio di reciprocità consacrato in quasi tutti gli statuti [1] si cominciò ad applicare in molte controversie, e specialmente in quelle sullo stato personale, il diritto nazionale dello straniero e quello del luogo del fatto giuridico, abbandonando così la territorialità del sistema feudale. I comuni poi non esercitarono il diritto di albinaggio: solamente in pochi statuti dell'ultima epoca del reggime comunale troviamo qualche disposizione ristrettiva sulle successioni degli stranieri, come rappresaglia contro la Francia, dove il diritto di albinaggio era rigorosamente applicato.

L' amministrazione della giustizia era affidata d' ordinario ai Podestà o ai Consoli, e in alcune città ad una

---

(1) « Per D. Potestatem Parmae et suos judices et alios officiales communis Parmae circa *decisoria* causarum fiat jus in civilibus et criminalibus forasteriis et aliis non subditis jurisdictioni communis Parmae in civitate Parmae, *eo modo et forma*, quibus fit jus civibus et contadinis: et non audiantur, si non audiuntur cives et contadini Parmae, in ea civitate, vel loco, vel foro unde fuerint dicti forasterii, vel non subditi, qui in foro communis Parmae aliquid postulabunt ». (*Stat. parm.* lib. II, rubr., « *De jure reddendo forast.* » p. 73).

magistratura speciale, analoga al Praetor peregrinus, detto a Venezia *il giudice del forastier* e a Roma *sopraintendente.* Lo straniero doveva prestare la *cautio judicio sisti et judicatum solvi:* ed era giudicato, in alcuni luoghi, dove vigeva la reciprocità, secondo il diritto statutario; in altri secondo il diritto comune e in via sommaria (de plano, sine strepitu et figura judicii).

34. Il formarsi delle grandi monarchie migliorò le condizioni degli stranieri. Anzitutto il numero di questi diminuì immensamente: poichè, mentre nell' epoca comunale era straniero non solo chi apparteneva ad un' altra nazione, ma anche chi non era cittadino del comune, e persino certi abitanti di terre soggette al medesimo dominio [1]; nei grandi stati, stranieri sono solamente coloro che appartengono ad altra sovranità. È vero però che il diritto ritornò territoriale e che fu praticato dovunque il diritto di albinaggio: ma questi rigori furono temperati dalla distinzione rinnovata dai giuristi fra il *jus civile* e il *jus gentium*, per la quale distinzione gli stranieri godevano dei diritti derivanti da quest' ultimo; dalla dottrina della *comitas* e dal principio della *reciprocità* che si andava man mano consacrando nelle leggi e coi trattati.

(1) *Forensis, forasterius* e *non subditus* non erano la stessa cosa. Cons. sul diverso significato di queste espressioni, e, in generale, sull'interpretazione della legislazione statutaria, l'importante commento allo statuto di Parma, intitolato: « *Adnotationes ad statuta Parmae* celeberrimorum Iurecon. Bartolomaei a Prato, Blondi, Carpesani, Zandemariae, Cantelli ecc. » alla rubr. *De non subjecto jurisd. Parm.*, p. 64 (Parmae, Viothi, 1590).

35. La rivoluzione francese, questo colpo di fulmine come lo chiama il Laurent, cancellò le ultime distinzioni fra cittadini e stranieri, abolendo il diritto di albinaggio e di detrazione e proclamando legislativamente la fratellanza universale. « L'assemblée nationale, considerant que le droit d'aubaine est contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes, quels que soient leur pays et leur gouvernement; que ce droit, établi dans des temps barbares, doit être proscrit chez un peuple qui a fondé sa constitution sur les droits de l'homme et du citoyen, et que la France libre doit ouvrir son sein à tous les peuples de la terre, en les invitant à jouir, sous un gouvernement libre, des droits sacrés et inviolables de l'humanité, a décrété: — *Le droit d'aubaine et celui de détraction sont abolis pour toujours* [1] ».

36. Nel 1801 il progetto del codice civile, traducendo in linguaggio più giuridico il sistema dell'assemblea costituente, stabiliva: « Les étrangers jouissent en France de tous les avantages du droit naturel, du droit des gens et du droit civil proprement dit, sauf les modifications établies par les lois politiques qui les concernent ».

37. Ma il codice Napoleone tornò indietro: esso ristabilì parecchie limitazioni al diritto degli stranieri, e sanzionò il sistema della reciprocità; limitazioni e sistema accolti poi da tutti i paesi e durati anche da noi fino alla promulgazione del Codice italiano. Il quale fu veramente il primo che rispettasse i diritti dell'uomo e del

(1) *Decreto* 6 agosto 1790.

cittadino, e attuasse l' ideale del diritto internazionale privato, che è il *pareggiamento dei cittadini e degli stranieri nel godimento dei diritti civili.*

LIBRO PRIMO.

I SISTEMI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E LE LEGGI TERRITORIALI

CAPO I. — LA TEORIA DEGLI STATUTI.

§ 1. — *I Commentatori.*

SOMMARIO.

38. L' antichità non ebbe un vero sistema di Diritto internazionale privato. — 39. Quali regole si saranno probabilmente adottate in Roma per risolvere i conflitti fra il jus gentium e il jus civile. — Curioso esempio riferito da Tito Livio. — 40. Il moderno Diritto internazionale non deriva dal sistema della personalità, o dalla territorialità del Diritto. — 41. Influenza del diritto romano e del diritto barbarico e feudale sull' origine della Teoria degli statuti. — 42. Ambiente in cui nacque e si svolse la Dottrina degli statuti. — 43. Cause dei conflitti delle leggi nell' epoca dei Comuni. — Metodo dei commentatori. — 44. Diverse fasi della teoria degli statuti. — Caratteri propri di ciascun periodo storico. — 45. Difficoltà di riassumere la dottrina dei commentatori. — Tentativo di una sintesi della medesima. — 46. Principi fondamentali. — 47. Criteri e formole per risolvere i conflitti. — 48. Applicazioni delle regole ai principali istituti e fatti giuridici. — 49. Principi di Diritto penale internazionale. 50. Principi veri e fecondi tramandatici dai commentatori. — 51. La teoria degli statuti e le leggi territoriali o d' ordine pubblico. — Opinioni in proposito di Laurent. — 52.

Inesatezza del Laurent. — I commentatori ebbero il concetto delle leggi territoriali. — Accenno e rinvio intorno alla natura delle medesime. — 53. Si prova coll'esame delle opere dei commentatori che essi tennero conto delle leggi territoriali di diritto pubblico. — 54. E delle leggi territoriali di diritto privato. — 55. I commentatori concepirono un ordine pubblico universale. — 56. Spirito altamente umano e liberale della dottrina dei commentatori. — 57. Regole sapienti da essi lasciate per riconoscere se una legge è territoriale o estraterritoriale. — Utilità dello studio della teoria dei commentatori.

38. Fu irrefragabilmente dimostrato che il Diritto internazionale privato, quale si intende oggidì, era ignoto all'antichità [1]. E non poteva essere altrimenti. Poichè dove non si rispetta la persona dello straniero o dove non si ammette l'eguaglianza e comunanza giuridica tra i vari stati in cui è divisa la famiglia umana non può verificarsi contatto o vero conflitto di legislazione: ivi

---

(1) Confr. tra gli altri: VACHTER, *Ueber die collision der Privatgesetze,* nell'Archiv. f. civ. Praxis, vol. XXIV, § 4-6. — SAVIGNY, op. c., t. VIII, §. 348. — FOELIX, *Traité de Droit int. privé,* t. I, n. 3-4. — SCHAFFNER, *Esplicazione del Diritto privato internazionale,* §. 8-14, (trad. Tenore, Napoli, 1859). — BAR, *Das internationale privat-und Strafrect,* §. 2 (Hannover, 1862): e uno Studio del medesimo tradotto dal *Journal de Droit international privé,* t. XIV, p. 260. — LAINNÉ, *Le Droit int. privé en France considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts,* nello stesso *Journal,* t. XII, p. 133. — VOIGT, *Das jus naturale, aequm et bonum und jus gentium der Römer,* t. II, §, 65-87 e 106-113; ma più specialmente l'importantissima *Appendice* XVI.ª, *Ueber di Collision der Rechte nach römischen Rechtsgrundsätzen,* nel t. IV. p. 285-332.

manca pertanto la materia stessa del Diritto internazionale privato. Ciò accadde appunto in Grecia e in Roma (n. 11 e 16), per non parlare che dei popoli più colti e civili del mondo antico. In Grecia o si negò ogni diritto allo straniero, o i diritti a questo concessi furono regolati dalle leggi greche. E in Roma il *jus gentium* dei peregrini non fu, in sostanza, che una parte del diritto nazionale romano, e quindi un diritto positivo territoriale di cui godevano anche gli stranieri, perchè ritenuto comune a tutti gli uomini [1]. E quando l'urbs diventò l'orbis, e in forza della costituzione di Caracalla ogni abitante dell'impero divenne cittadino romano — in orbe romano qui sunt, cives romani effecti sunt — allora, se in quella immensa unità politica sorsero conflitti tra le leggi particolari rimaste alle varie provincie, furono conflitti di diritto interno, per risolvere i quali non sappiamo, del resto con certezza, quali regole fossero adottate.

39. Non si può tuttavia negare che in Roma e nelle provincie non esistesse una specie di diritto internazionale o interprovinciale privato, senza dubbio assai diverso dal moderno pei motivi accennati, e consistente nelle regole seguite nelle varie epoche storiche per determinare l'azione vicendevole che esercitava l'uno sull'altro il jus gentium, il jus civile e il jus municipale o provinciale.

E sarebbe interessantissimo pel nostro soggetto il sapere sopratutto in qual modo e in quali casi il jus gentium ricevesse dal diritto civile limitazioni analoghe

(1) V. sopra n. 17.

a quelle che oggidì le leggi dette *di ordine pubblico* impongono alle leggi straniere estraterritoriali. Ma ci mancano notizie sicure ([1]). Il caso ricordato di sopra (n. 24) e riferito pure dal Savigny ([2]) della legge sull' usura estesa anche ai soci e ai latini nell' anno 561 di Roma, è molto importante, ma non è decisivo e sufficiente per ricostruire il sistema probabilmente seguito dai romani. Anzitutto quella legge riguarda rapporti con stranieri appartenenti a stati *alleati*, cioè non pienamente autonomi; in secondo luogo la detta legge ha evidentemente un carattere eccezionale. Onde resta dubbio, che cosa avvenisse nei casi ordinari e nelle relazioni coi popoli indipendenti. È strano però che in Roma una legge

(1) V. sopra n. 24: e confr. WILLEMS, *Le Droit public romain*, p. 379, 386, 390 (5.ª ed. 1884). — VOIGT, op. c. t. IV, p. 235 e seg. — FOELIX, op. c. t. I, n. 3, e nota p. 8. — SAREDO, op. c. n. 24 e 25.

(2) SAVIGNY, op. c, §. 356. — Ecco come TITO LIVIO (XXXV, 7) riferisce l'origine di questa legge: « Instabat enim cura alia, quod civitas fenore laborabat; et quod, cum multis feneribus legibus constricta avaritia esset, via fraudis inita erat, ut in socios, *qui non tenerentur iis legibus,* nomina transcriberent: ita libero fenore obruebant debitores. Cujus coercendi cum ratio quaereretur, diem finiri placuit Feralia quae proxime fuissent, ut, qui post eam diem socii civibus romanis credidissent poecunias, profiterentur, et ex ea die pecuniae creditae, quibus legibus vellet debitor, jus creditori diceretur. Deinde, postquam professionibus detecta est magnitudo aeris alieni per hanc fraudem contracti, M. Sempronius tribunus plebis, ex auctoritate patrum, plebem rogavit, plebesque scivit, ut cum sociis ac nomine latino pecuniae creditae *jus idem, quod cum civibus romanis, esset* ».

di ordine pubblico o territoriale, come riterrebbesi indubbiamente oggi una legge sull' usura, non obbligasse gli stranieri. Presso di noi non vi sarebbe certo bisogno di consimili disposizioni eccezionali. Ad ogni modo, come principio generale, crediamo possa ritenersi che il jus gentium prima, e il jus municipale o provinciale dopo avrà dovuto cedere tutte le volte che si sarà trovato in aperta contraddizione col jus civile e col jus pubblico romano. Ma noi non sapremmo determinare i limiti precisi di cotesta azione o prevalenza del jus civile, nè vogliamo arrischiarci in alcuna congettura, non necessaria del resto, per le cangiate condizioni di cose, al nostro studio, limitandoci a manifestare la speranza che qualche forte ingegno si accinga presto a rischiarare questo punto oscuro e per molti riguardi importante del diritto romano (1).

40. Fu pure provato (2), contro l'opinione del Laurent (3), che il moderno diritto internazionale privato non deriva dalla personalità delle leggi barbariche, nè dalla territorialità della legislazione feudale, o dalla combinazione od opposizione di questi due principi; poichè si l'uno che l'altro sistema non potè dar luogo che a questioni di diritto interno, ed entrambi poi sono la negazione assoluta del diritto internazionale privato. Questo

(1) Confr. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, §. 48, 59, 109, 110, e specialm. p. 329, 454 e seg. — Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III, p. 591 e seg.

(2) Lainné, op. e loc. c.

(3) Laurent, op. c. I, n. 160-198.

suppone la coesistenza di più stati indipendenti con legislazioni diverse, e il riconoscimento dell' efficacia estraterritoriale delle leggi straniere di ordine privato: i sistemi barbarici e feudali non ammettevano comunanza di diritto cogli stranieri appartenenti a diverse sovranità: e l'uno negava il concetto di stato colle moltiplicità delle leggi interne secondo le razze dei sudditi; l' altro negava il concetto di persona coll' assoggettamento dell' uomo al suolo. La personalità quindi delle leggi barbariche e la territorialità delle leggi feudali sono cose essenzialmente diverse dalla territorialità e personalità delle attuali legislazioni nazionali, la cui coordinazione costituisce il moderno sistema del Diritto internazionale privato.

41. Dalle osservazioni che abbiamo creduto di poter fare sul Diritto romano, barbarico e feudale non deve però dedursi che gli elementi caratteristici di quei diritti non abbiano avuto alcuna influenza sull' origine e sviluppo del diritto internazionale privato. Un istituto, e molto meno un sistema scientifico, non può nascere improvviso senza cause e senza una lunga elaborazione storica. L' unità, l' universalità, il senso della giustizia contenuti nel diritto romano, il principio individuale delle leggi barbariche, la territorialità del feudalismo, tutti questi elementi viventi nella tradizione o nella vita reale, in un dato momento di fortunate combinazioni con nuovi fattori sociali, come la fratellanza religiosa della chiesa, le libertà comunali, lo sviluppo del commercio, il risorgere della cultura giuridica e letteraria concorsero certo in Italia dopo il XII Secolo a produrre quella dottrina dei Glossatori e dei Commentatori sui conflitti delle leggi,

che prese il nome dagli *Statuti*, cioè dalle leggi particolari che le città italiane si erano andate creando, con o senza il consenso dell' Imperatore e del Papa, a cominciare dal X Secolo. Ma ciò non vuol dire che la teoria degli statuti sia una figliazione diretta, causale, quasi un semplice svolgimento, una logica deduzione delle istituzioni barbariche e feudali. Le ragioni sono manifeste, e noi non vogliamo insistervi.

42. Cotesta celebre dottrina degli statuti non si può convenientemente apprezzare senza risalire all' epoca della sua formazione, senza comprendere l' ambiente in cui nacque e si svolse. Onde potesse sorgere il diritto internazionale privato occorreva non solo contatto di popolo e di leggi, come dice il Lainnè, ciò che si è verificato varie volte nella storia senza produrre siffatto risultato; ma era necessario il riconoscimento di una larga comunanza di diritto tra i diversi popoli venuti a relazioni vicendevoli. E questo accadde la prima volta all' epoca dei comuni italiani.

Il diritto romano, divenuto nel Medio evo il diritto universale di tutti i popoli componenti il rinnovato Impero, costituì, più ancora che una comunanza, una *uniformità* legislativa fra tutte le genti cristiane. Se tale uniformità fosse stata completa, se cioè avesse abbracciati tutti i rapporti della vita giuridica, non vi sarebbe stato conflitto alcuno di leggi, nè materia di diritto internazionale privato. Ma, sopra quel fondo di diritto comune ed uniforme, si designarono le legislazioni particolari alle singole città o stati, concernenti non solo il diritto costituzionale o pubblico dei medesimi, ma comprendenti

anche molte aggiunte e deroghe al diritto romano nell' ordine privato, secondo domandavano le esigenze dei tempi nuovi. Ciascuno stato, ciascuna città, ebbe così i suoi *statuta* [1]: e questi variarono da luogo a luogo, modificando, o *correggendo*, come dicono i giuristi del tempo, nel modo più difforme e profondo il diritto comune. E non solo le città e gli stati facevano statuti, ma avevano diritto di farne la Chiesa, i Vescovi, i Collegi, le Università degli scolari e persino i vari quartieri di una stessa città sopra gli affari ad essi particolari [2].

43. Da questa moltiplicità di competenze legislative e di giurisdizioni che s'incontravano, si sovrapponevano, si urtavano, si elidevano nello stesso territorio, nella stessa città è facile immaginarsi i molti conflitti che dovevano verificarsi: conflitti degli statuti col diritto comune, conflitti dei vari ordini di statuti tra loro, e conflitti infine tra gli statuti di territori diversi.

---

(1) Ecco come Alberico da Rosate definisce lo statuto: « Quaero quid sit statutum? Et dicendum est quod est jus proprium, quod quilibet sibi populus constituit in scriptis redigendum; et per hoc separatur a consuetudine: est enim duplex jus municipale, seu scriptum, et non scriptum..... Unde dicatur statutum credo quod dici potest quasi stabiliter et firmiter ordinatum: ista enim statuta sunt stabiliter, firmiter et tenaciter observanda; nec ab eorum verbis est recedendum, quia sunt *stricti juris* ». *Comm. de Statutis*, lib. I, quaest. 1.ª §. 1-7. (Nel *Tractatus illustrium in utroque tum pontificii, tum caesareis juris facultate Iuris consultorum*, t. II, f. 3, Venetiis, 1584).

(2) Bartolus, *In primam Dig. vet. partem Comm.*, lib. I, tit. I, L. 9, n. 2-12. (t. I, Venetiis, 1580).

I giuristi del tempo trattano insieme di tutte le questioni relative agli *statuti*, sieno di diritto esterno o internazionale. E, secondo l' uso, frammischiano alle medesime le più disparate materie di diritto pubblico, privato, penale, canonico, filosofico. Se noi apriamo le opere dei principali Commentatori, come Guglielmo Durante, Cino da Pistoia, Giovanni Fabbro, Alberico da Rosate, Alberto Bruno, Bartolo, Baldo, troviamo per es. insieme confuse e trattate in uno stesso capitolo, le questioni sui limiti del potere imperiale e pontificale, sugli eretici, sugli infami, sull' usura, sulla scomunica, sulla autorità di fare statuti, sulla efficacia degli statuti contrari al diritto comune al diritto naturale al diritto ecclesiastico, sull'obbligatorietà degli statuti pel cittadino fuori di patria e per lo straniero, sull' estensione delle sentenze penali, ed altre disparatissime (1).

Essi non hanno ordine nè metodo: nè può dirsi che la loro dottrina sugli statuti costituisca un completo sistema scientifico. Sono decisioni slegate, dogmatiche, raccomandate unicamente alla autorità di una qualche

(1) Ecco come i Commentatori pongono d' ordinario il problema intorno alla materia degli statuti. Dice Bartolo: « Primo, quaero qus possit facere statuta; secundo, qualiter; tertio de quibus; quarto, quos ligat statutum factum; quinto, quo tempore liget; sexto, utrum statuta recipiant interpretationem; septimo, qualiter statuta in judicio deducantur ». Sul quarto punto, che costituisce la vera materia dei conflitti, Bartolo si domanda: « Quaero principaliter quos ligent statuta, seu an ligent *forenses*, an minores, an clericos, an *civem extra territorium existentem*, et similes quaestiones ». (*Ad* D. *De just et jure*, l. 9. n. 2 e 36).

legge romana, la quale non ha, d'ordinario, alcuna relazione coll' argomento trattato. Cosi essi dettarono le loro regole nel commento alla Legge *Cunctos populos* del libro 1°, titolo 1.° del Codice, senza che si sia mai saputo il perchè della scelta di quel testo così estraneo ai conflitti delle leggi. I Commentatori possono anche scusarsi, perchè non fecero che svolgere la famosa glossa trovata alla parola « *quos* » di detta legge: « *Argumentum:quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae quibus non subest; cum dicat* quos nostrae clementiae regit imperium »: ma perchè fu scritta là, da Accursio o da altri, quella glossa? Sarebbe forse impossibile il saperlo: certo è ora per noi ozioso (1).

44. Molti di coloro che si sono occupati di diritto internazionale privato parlano della teoria degli statuti come di un sistema completo fino dall'epoca dei commentatori e identico in tutto il suo svolgimento storico. Ora nulla è più falso di questo concetto.

---

(1) Così Bartolo, nel commento alla L. 1, C. *De Sum. Trin.*, dopo di aver per 13 paragrafi parlato di cose estranee, dice: Nunc veniamus ad glossam quae dicit: *si bononiensis* etc. cujus occasione videnda sunt duo: et primo, *utrum statutum porrigatur extra territorium ad non subditos;* secundo, *utrum effectus statuti porrigatur extra territorium statuentium :* e seguita fino al § 51 a svolgere la teorica degli statuti. V. Baldus, *In tres priores libros Cod. Com* lib. 1, tit. 1, *De Sum. Trin.*, n. 49 (Venetiis, 1599). — Cynus, C. *De Sum. Trin.*, — Il Lainné, si sforza di spiegare questo metodo, ma non ci sembrano concludenti i motivi addotti (op. c. t. XIII p. 155).

Per rendere la vera fisonomia di questa teorica bisogna considerarla nelle sue fasi storiche ben distinte. La dottrina dei Commentatori o Postglossatori, non Glossatori come erroneamente li chiama il Laurent, quali Durante, Pietro da Bellapertica, Pietro da Ravenna, Alberto Bruno, Cino, Alberico da Rosate, Bartolo e Baldo ecc., ai quali si può aggiungere il Dumoulin, benchè molto posteriore, perchè questi non fece che svolgere più sistematicamente i principi professati dai primi; quella dottrina, diciamo, è assai diversa dalla dottrina dei giuristi, detti *Statutari*, come D'Argentré, Guy Coquille, Burgundio, i due Voet, Ubero, Erzio, Boullennoi ecc. e i loro continuatori moderni. Nel primo periodo, che va dal 13° al 16° secolo, noi abbiamo una dottrina italiana con caratteri nettamente *personali:* dopo prevale la dottrina francese e olandese con caratteri rigorosamente *reali*, salve rare eccezioni di qualche scrittore che però non potè influire nella pratica giureprudenza. Oltre poi la diversità sostanziale dei principi esiste fra questi periodi la differenza del grado di organismo e sviluppo scientifico del sistema, che naturalmente si è perfezionato col volgere del tempo.

45. È difficile, per le ragioni accennate e per le discordanze degli autori, di poter fare una sintesi esatta della dottrina degli statuti all'epoca dei commentatori. Noi, del resto, non intendiamo che di tentare di rilevare le linee generali della medesima per quanto ciò possa essere necessario a far comprendere il modo come quei giuristi intendevano l'azione delle leggi territoriali o di ordine pubblico nei rapporti internazionali.

46. La dottrina degli statuti si può riassumere così [1]: Il diritto romano è universale, e perciò comune anche agli stranieri: il diritto statutario, siccome eccezione del primo, è ristretto alle persone e alle cose soggette alla sovranità dello statuente. Da ciò tre conseguenze: 1.ª Che lo statuto che riguarda le persone non obbliga gli stranieri (statuta in non subditos jurisdictioni statuentium disponere non possunt); 2.ª Che lo statuto che riguarda le cose obbliga gli stranieri, perchè le cose sono sotto la potestà dello statuente (statuta quae afficiunt res ligant forenses); 3.ª Che lo statuto, che riguarda la persona segue il cittadino dovunque si rechi (civis ligatur etiam extra territorium statuto patriae).

Questo in linea di principi generali. Ma vi sono parecchie eccezioni. Così lo statuto relativo alle solennità degli atti e alle forme dei giudizi obbliga lo straniero: lo statuto sfavorevole non accompagna il cittadino all'estero; e, in via indiretta, possono ricevere applicazione certi atti, contratti e statuti esteri che riguardino le cose.

47. Ma che avverrà se uno statuto si troverà in conflitto collo statuto di un altro territorio o col diritto comune? Per risolvere le multiformi questioni nascenti

(1) V. le prove dei principi e delle regole esposte in questo e nei due numeri seguenti nelle opere dei commentatori che abbiamo citato in tutto il presente *paragrafo* 1°. Ci asteniamo dall' indicare i moltissimi luoghi in cui si trovano formulate ripetutamente le dette regole, non volendo ingombrare una pagina di citazioni inutili: poichè a comprender l'insieme della dottrina dei commentatori non basta leggere pochi paragrafi isolati, ma è mestieri studiare e comparare le opere intiere.

da coteste collisioni, i commentatori ricorrono a una folla di regole, di distinzioni, di formole nelle quali è difficile raccapezzarsi, e in cui si perdettero spesso essi stessi, come lo dimostrano le loro profonde discrepanze sui punti più importanti della nostra materia. Mancando di criteri intrinseci per riconoscere se uno statuto è territoriale o estraterritoriale, e per istabilire l'ordine di prevalenza dell'uno sull'altro, essi s'ingegnarono a scoprire dei caratteri estrinseci che potessero facilmente giustificare le loro decisioni. E così, secondo che uno statuto riguardava le persone o le cose; secondo che era favorevole o odioso; abilitante o inabilitante; permissivo, proibitivo o punitivo; secondo che si riferiva alla forma o al merito delle questioni giudiziarie; secondochè correggeva, limitava o abrogava il diritto comune, i commentatori sentenziavano per la prevalenza del diritto comune o del diritto statutario, dello statuto territoriale o dello statuto straniero.

48. Dalla diversa ricorrenza e combinazione di siffatti criteri e formole, ne venivano queste applicazioni ai principali istituti giuridici:

Lo stato e capacità personale è regolato dalla lex domicilii; e, secondo alcuni autori, dalla lex patriae:

Le cose immobili sono rette dalla lex rei sitae: le mobili dalla lex domicilii del proprietario; e, per qualcuno, anche dalla lex rei sitae, come gl'immobili:

I contratti e gli atti, quanto alla forma e alla sostanza, dalla lex loci contractus, vel actus; quanto alla esecuzione, dalla lex loci executionis.

Le successioni dalla lex rei sitae: però alcuni soste-

nevano la lex domicilii o la lex patriae del defunto, almeno quando la successione era devoluta secondo il diritto comune;

I giudizi, in *decisivis*, dalla legge del contratto o dell'atto; in *ordinativis*, dalla lex fori.

49. Riguardo alle leggi penali erano generalmente adottati i seguenti principi, che non sapremmo meglio e più brevemente riferire che colle testuali parole di Bartolo: « Quaero quid de delictis? si forensis delinquit hic, utrum puniatur secundum statuta hujus civitatis? Aut illud quod commisit in hac civitate est delictum de jure communi, et punitur secundum statuta seu consuetudinem hujus civitatis. Aut non erat delictum de jure communi; et tunc, aut ille forensis ibi tantam moram traxit, quod verisimiliter debet scire statutum, et tunc idem. Aut ibi non traxit tantam moram; tunc, aut illud factum erat communiter per omnes civitates prohibitum, ut puta, ut non trahatur frumentum extra territorium sine licentia potestatis, quod est communiter prohibitum per totam Italiam, et isto caso non licet allegare ignorantiam ad totalem excusationem. Aut non est ita generaliter prohibitum, et non tenetur nisi fuerit sciens [1] ».

I commentatori poi discutono e risolvono in modo diverso la questione se lo statuto penale obblighi il cittadino fuori della patria, e se e quali effetti produca all'estero la sentenza penale. Dobbiamo per brevità a-

(1) Bartolus, C. *De Sum. Trin.*, n. 50. — Albericus a Rosate, *De Stat*, lib. I, pars. 2, quaest. 1, n. 13. — Petrus a Ravena, *De Consuet.* sect. IV. n. 73 (*Tractatus ill.*, t. II).

stenerci dal riferire le loro sottili disquisizioni in proposito, benchè meritino anche oggidì di essere studiate [1].

50. Le regole che abbiamo tentato di riassumere non furono accettate concordemente dai giuristi di quel tempo e andarono soggette a parecchie eccezioni. Le principali cause di divergenze provenivano dal diverso modo di apprezzare le due più importanti qualificazioni da essi date agli statuti, su cui fondavano d'ordinario le loro decisioni. Gli statuti favorevoli e personali erano estraterritoriali: gli statuti odiosi e reali erano territoriali. Ma quand' è che uno statuto è *favorevole* o *odioso*? quand' è che è *reale* o *personale?* [2]

Quei giuristi non riescirono mai ad intendersi: ciò che per Bartolo è favorevole, è odioso o misto di favorevole e di odioso per Baldo: ciò che per l'uno è personale, è reale per l'altro; e viceversa. E non poteva

---

(1) BARTOLUS, C. *De Sum. Trin.*, n. 50. — BALDUS, C. *De Sum. Trin.*, n. 96-103. Questi autori danno ivi una trattazione abbastanza larga della materia che oggi chiamerebbesi *Diritto internazionale penale.*

(2) Statuti *favorevoli* e *odiosi*: Baldo così definisce gli ultimi: dicitur odiosum quidquid disponitur *contra rationem*, *praesertim naturalem* (*C. De Sum. Trin.*, n. 91).

Statuti *personali e reali*. I primi *afficiunt personam;* i secondi *afficiunt rem.* Ecco le parole di Bartolo da cui nacque il celebre criterio per distinguere gli uni dagli altri: « Consuetudo est in Anglia quod primogenitus succedit in omnibus bonis. Quidam habens bona in Anglia et in Italia decesserit: quaeritur quid juris?... Mihi videtur quod verba statuti, seu consuetudinis sunt diligenter intuenda. Aut enim disponunt circa rem, ut per haec verba: *Bona decedentium veniant in primogenitum,* et tunc de omnibus bonis

essere altrimenti, per la natura stessa dei criteri superficiali ed equivoci adoperati.

Malgrado questi difetti di metodo e di principi, è forza ammettere che i commentatori furono i primi ad inaugurare un sistema di diritto internazionale privato, e che è meritata la gloria loro rivendicata dai più illustri scrittori moderni, come il Savigny, lo Schäffner, il Bar, il Laurent, il Mancini, il Lainnè etc. Inoltre convien riconoscere che moltissime delle regole da essi formulate o adombrate sono vere ed esatte anche oggidì. Essi ci

---

judicabo secundum consuetudinem et statutum ubi res sunt situatae, quia jus afficit res ipsas, sive possideantur a cive, sive ab advena. Aut verba statuti seu consuetudinis disponunt circa personam, ut per hac verba: *Primogenitus succedat*, et tunc, aut ille talis decedens non erat de Anglia, licet ibi haberet possessiones, et tunc tale statutum ad eum et ejus filios non porrigitur, quia dispositio circa personas non porrigitur ad forenses. Aut talis decedens erat Anglicus, et tunc filius primogenitus succederet in bonis, quae sunt in Anglia, et in aliis succederet de jure communi, quia.... statutum est *odiosum*, non porrigitur ad bona alibi posta. » (*C. De Sum. Trin.*, n. 42). DUMOULIN disse siffatta distinzione « *verbalis et communiter reprobata* per Baldum et alios » (*Opera omnia*, t. III, ad Cod., *De Sum. Trin.*, p. 554. Parisiis, 1681). ARGENTRÈ esclamò che persino un fanciullo dovrebbe vergognarsi di tale distinzione. (*Comm. in Patrias Britonum leges*, art. 218, Parisiis, 1660). Noi ci permettiamo di osservare che nessuno di coloro che criticarono Bartolo compresero il motivo della sua famosa regola. Se si guarda alla sostanza e allo scopo della medesima, si vede che il grande legista intuì il principio dell'ordine pubblico; e cercò di desumerlo dal carattere odioso dello statuto e dalla mens legis, manifestata nell'ordine delle parole. Tanto è ciò vero, che

hanno tramandato l'idea vera della personalità del diritto, il principio dell'autonomia della volontà dell'uomo negli atti e contratti, [1] la regola *locus regit actum* ecc.; e sopra tutto, la massima fondamentale della nostra scienza, che gli stati devono applicare certe leggi straniere non per utilità o cortesia, come dissero i giuristi posteriori, ma ex debito *justitiæ* o *æquitatis.* Essi è vero appoggiarono spesso a cattivi argomenti le loro decisioni: ma, in realtà, furono ispirati dal senso della giustizia e dell' equità attinti nel diritto romano, e dall'intuito di

---

il caso di Bartolo si dovrebbe decidere nello stesso modo anche oggidì. Poichè, secondochè si ritenesse o no di ordine pubblico internazionale quella disposizione di diritto successorio, si dovrebbe dichiarare obbligatoria o no per lo straniero. Di quanto non è peggiore la regola contrapposta da Dumoulin: « Si statutum agit in rem, *quacumque verborum formula utatur,* semper inspicitur locus ubi res sita est » (ivi). Bartolo era meno realista.

Statuti misti. Tutti gli scrittori sono d'accordo nell'attribuire a D' ARGENTRÈ l'aggiunta degli statuti *misti*: ma invece tale suddistinzione trovasi già esplicitamente indicata da BALDO con queste parole: Idem dico si *mixtim* statutum disponit de jure *personae* et de *jure formae* ecc. (*C. D. Sum. Trin.*, n. 59).

(1) DUMOULIN ha preceduto SAVIGNY sulla teorica dell'*autonomia* dell'uomo, e MANCINI sul concetto del diritto *volontario* e *necessario.* O lo statuto, egli dice, riguarda *quae pendent a voluntate* partium, et tunc respiciuntur *circumstantiae voluntatis,* quarum una est *statutum loci in quo contrahitur et domicilii* contrahertium antiqui vel recentis, et similes circumstantiae. Aut statutum disponit in hiis, quae *non pendent a voluntate partium*, *sed potestate legis* et tunc, si deve badare, continua l'autore secondo le idee del tempo, se lo statuto *agit in rem* o *in personam* ecc. (op. c. t. III, p. 554).

quella verità, dimostrata molti secoli dopo così splendidamente dal Savigny e dalla Scuola italiana, che cioè esiste una *competenza naturale* delle leggi a regolare ciascun rapporto di diritto secondo l'indole del rapporto stesso.

51. Abbiamo visto come i commentatori ammettessero in molti casi l'applicazione degli statuti e leggi straniere. Ora ci resta da esaminare se e come essi concepissero una categoria di leggi, dette oggi di ordine pubblico, che imperano in modo assoluto sul territorio e che autorizzano lo stato ad assoggettare gli stranieri alle sue prescrizioni, o a non soffrire l'applicazione delle leggi estere contrarie. Al quale proposito, afferma il Laurent, che i commentatori non si resero conto di coteste leggi di ordine pubblico, che disconobbero i diritti dello stato, esagerando quelli della persona; il che costituisce, secondo il dotto autore, il lato debole della loro teoria. « La raison, soggiunge, en est peut-être dans la situation équivoque des cités italiennes. Etaient-elles souvraines, ne l'étaient-elles pas? On ne le savait. De droit, elles faisaient partie de l'empire; c'est donc l'empereur qui aurait dû sauvegarder les intérêts généraux. Mais, en fait, depuis la chute des Hohenstaufen, l'autorité de l'empire etait nominale. Dans cet étrange état de choses, on peut dire qu'il n'y avait pas d'Etat, du moins pas d'organe certain des intérêts généraux de la société. Cela explique le silence des glossateurs et ce que leur théorie a d'imparfait.... Le moyen âge ne comprenait pas la souveraineté, ni les intérêts généraux de la société. C'est la raison pour laquelle les juriconsultes qui vivaient dans

cet ordre d'idées ne s'elevérent point à la vraie théorie de l' Etat et de ses droits [1] ».

52. Noi non conveniamo coll'illustre giureconsulto. Dopo un accurato esame della dottrina dei principali commentatori ci siamo convinti che quei legisti ebbero un' idea abbastanza esatta dell' ordine pubblico e che ne tennero conto sagace nella loro teoria degli statuti. Certo non si deve pretendere di trovarla formulata in un principio scientifico; poichè, oltre all' essere ciò contrario al loro metodo di non elevarsi a regole sintetiche, sappiamo che neppure oggi, malgrado tanti tentativi, si è riuscito completamente nell' arduo assunto.

Vedremo a suo luogo quali sieno precisamente le leggi d' ordine pubblico, che noi più brevemente chiameremo *territoriali*. Accenniamo, per ora, che si ritengono tali da tutti le leggi di *diritto pubblico*, come le leggi costituzionali, amministrative, penali; e le disposizioni di diritto privato *proibitive, o risguardanti l' interesse generale o i buoni costumi.* Tutte queste leggi sono (più o meno felicemente) comprese nell'articolo 12 delle disposizioni preliminari al codice civile italiano, il quale dice: « In nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno, che concernono le persone, i beni, gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l' ordine pubblico ed il buon costume ». Ciò posto esaminiamo in proposito l'opera dei commentatori.

(1) Laurent, op. c. t. I, pag. 305, 317, 325.

53. *Diritto pubblico.* — Anche se i commentatori non dicono espressamente, e in via di principio generale, che uno statuto straniero contrario al diritto pubblico non può valere, non è men certo che così la pensassero. Dal momento che, anche nei rapporti interni, sostenevano che uno statuto contrario al diritto pubblico [1], al diritto naturale e delle genti [2] non era valido; e negavano persino alle città il diritto di poter fare simili statuti [3], era naturale che a fortiori escludessero l'efficacia di siffatti statuti quando fossero emanati da un'altra sovranità.

Del resto non mancano decisioni esplicite in questo senso. Così abbiamo visto che il diritto penale è ritenuto territoriale, salvo le ragionevoli eccezioni sovraccennate. « Communiter, dice Alberico da Rosate, servatur opinio Guid. de Suza qui *indistincte* tenet forenses teneri ad observantiam statutorum in *delictis* et *rebus prohibitis* [4] ». Lo stesso autore ci attesta che territoriali erano gli ordinamenti amministrativi e sanitari, quando riguardavano la pubblica utilità: « Aut statutum respicit *publicam*

(1) Rochus Curtius, *De consuetud.* sect. VII, n. 1. (*Tractatus ill*, ecc. t. II, f. 368). — Lanfrancus de Oriano, *De interpret. statut.*, § 2. (*Tractatus ill.* ecc., t. II).

(2) Albericus a Rosate, *De statut*, lib. I, pars I, quaest. 38. (*Tractatus ill.*, ecc., t. II, f. 3).

(3) Baldus. C. *De Sum. Trin.*, n. 49 e seg. — Bartolus, D. *De just. et jure*, L. 9, n. 21.

(4) Albericus a Rosate, op. c. lib. 1, pars 2. quaest. 1, n. 13. — Baldus, C. *De Sum. Trin.*, n. 95. — Confr. Gulielmus Durantis, *Speculum juris*, lib. IV, pars. 1; e *Thesaurum locorum communium* ex axiomatibus Barbosae ecc. V. *Statutum*, p. 303. (Lipsiae 1691).

utilitatem, ut non vendere carnes infectas, vel pisces mortuos, tunc ligabit etiam forenses; alias non [1] ». E assolutamente territoriali erano gli statuti intorno alle opere pubbliche, all' edilizia ecc [2].

In materia di procedura troviamo pure sapientemente distinte e dichiarate le disposizioni di ordine pubblico. I commentatori svolgono ed applicano la celebre distinzione durata fino ai giorni nostri, che « in *ordinativis* inspicitur locus judicii; » e « in *decisivis* inspicitur locus contractus vel actus, aut locus solutionis, aut locus executionis » secondo i casi [3].

54. *Diritto privato.* — La difficoltà di distinguere se una legge è di ordine pubblico o privato, si riscontra veramente nelle materie di Diritto privato poichè in quelle di diritto pubblico non può sorgere dubbio tranne in una società affatto rudimentale, dove non è ancora distinto il diritto sociale dal diritto individuale. Le leggi di diritto privato aventi carattere territoriale si presentano

---

(1) ALBERICUS A ROSATE, op. c. lib. 1, pars 1, quaest. 15, n. 5. — Conf. in materia di pubblica utilità il prolisso espositore dei commentatori, e specialmente di Bartolo, BOLOGNETI, *Repetitio* in L. omn. pop., D. De just. et jure, n. 200 (Venetiis, 1572).

(2) ROCHUS CURTIUS, op. c. sect. 9, n. 12: « Si esset consuetudo quod domus civitatis non possent altius elevari quam sint de praesenti, certe ligarentur etiam forenses in civitate fabricantes». — BARTOLUS, C. *De Sum. Trin.*, n. 27.

(3) IACOBUS DE RAVENA, *Repetitio* in L. 1, *De Sum. Trin.* — BARTOLUS, C. *De Sum. Trin.*, n. 14-17. — BALDUS, C. *De Sum. Trin.*, n. 93-94. — ROCHUS CURTIUS, op. c. n. 15: « *In ordinativis* forenses ligantur ».

ordinariamente sotto forma proibitiva: ma, anche senza questo carattere estrinseco, sono tali quelle che riguardano non solo l'interesse particolare dei titolari di un diritto, ma l'interesse dei terzi, il bene pubblico, i buoni costumi.

Or bene, anche di questa categoria di leggi i commentatori hanno tenuto conto e fatte saggie applicazioni. Essi infatti insegnarono che le leggi sulle forme solenni di certi atti [1], sulla prescrizione [2], sull' insinuazione [3], e, in genere, le leggi proibitive risguardanti le cose [4] obbligavano assolutamente lo straniero. Essi decisero che le leggi irrazionali, come quelle che escludono le donne o i fratelli dalla successione [5]; e che i contratti contrari al diritto comune proibitivo [6],

---

(1) BARTOLUS, C. *De Sum. Trin.*, n. 26: « Cum ergo (statutum) respiciat solemnitatem, trahitur ad forenses ».

(2) MOLINAEUS, op. c. t. III, p. 556: « Aut statutum disponit de praescriptione rerum corporalium sive mobilium sive immobilium et tunc indistincte inspicitur locus ubi res est. Idem in rebus seu juribus incorporalibus, limitatis ad res corporales, sive quatenus ad illas res limitantur ».

(3) BARTOLUS, C. *De Sum. Trin.*, n. 31.

(4) BARTOLUS, C. *De sum. Trin.*, n. 32: « Aut statutum est prohibitivum in rem, *et respectu rei*, tunc ubicunque fia dispositio de tali re, non valet, quia talis dispositio afficit rem ».

(5) BARTOLUS, C. *De Sum. Trin.*, n. 32: « Aut statutum continet prohibitionem odiosam et tunc non porrigitur extra territorium ». — BALDUS, C. *De Sum. Trin.*, n. 92.

(6) MOLINAEUS, op. c. p. 555: « Conventio, prohibente jure communi, non capit vitam nisi a statuto locali; nec potest valere extra fines statuti. Quia statutum non potest jus commune *prohibitivum et negativum* CORRIGERE extra proprium territorium ».

non hanno effetto estraterritoriale. Nessun dubbio poi che nè leggi, nè contratti, nè atti esteri, fossero ritenuti validi se fossero stati giudicati contrari ai buoni costumi: poichè non è supponibile che fossero meno rigorosi colle leggi estere che colle interne, intorno alle quali erano per questo lato rigorosissimi [1].

55. Dagli esempi accennati, che potremmo facilmente moltiplicare, crediamo si possa con ragione concludere che l'affermazione del Laurent è affatto infondata. I commentatori non solo ebbero il concetto dell' ordine pubblico; ma, nelle loro teoriche fecero la dovuta parte all' elemento personale e all' elemento territoriale del diritto, tenendo conto equamente dei diritti dell' uomo e di quelli dello stato: ciò che non fecero i giuristi posteriori, i quali sacrificarono quelli a questi. Anzi, in causa della influenza del diritto romano, ritenuto la ragione scritta di tutti i popoli, e dell' idea medioevale della sovranità dell' impero e delle città italiane, di cui parla Laurent, i commentatori concepirono un ordine pubblico più vasto di quello che s' intende oggidì: un *ordine pubblico universale*, sovrastante persino alle leggi delle città, dell'impero e del papa, dentro il quale il diritto privato individuale poteva più liberamente e sicuramente svolgersi che nelle epoche successive delle Monarchie assolute. Certo, lo stato dei commentatori non è lo stato moderno: ma ciò non vuol dire che in quello speciale ordinamento politico, mancasse l' idea dello stato e un

(1) ALBERICUS A ROSATE, op. c. lib. I, pars 1, quaest. 28: e tutti gli altri commentatori.

organo degl' interessi generali della società. Bastano gli statuti e le lotte dei nostri Comuni, di diritto o di fatto, sovrani; bastano le opere imperiture dei nostri legisti e filosofi del medioevo per dimostrare il contrario ([1]).

56. Noi pensiamo che lo spirito altamente umano e liberale che aleggia nelle grandi opere in *folio* dei nostri antichi giuristi, specialmente in Alberico da Rosate, in Bartolo e Baldo, non sia stato ancora convenientemente manifestato e apprezzato. Per questi giuristi si può dire che non esistono stranieri, almeno nel mondo romano-cristiano: tutti godono del diritto comune: nessuno deve temere dalle leggi irragionevoli che potessero imperare nelle singole città, perchè non obbligherebbero gli stranieri. I giudici non solo devono rendere giustizia agli stranieri; ma devono in molti casi, determinati dalla natura stessa del rapporto giuridico, applicare il diritto straniero. E devono ciò fare non *propter comitatem gentium* ovvero *propter reciprocam utilitatem*, ma ex *debito justitiae*, perchè tutti i membri del popolo o dell' impero romano sono partecipi del diritto romano. Anzi, in Roma nessuno è forestiero, come dice Rocco Curzio: Nemo enim videtur dici posse forensis respectu dictae Urbis (Romæ). Ma questo cosmopolitismo giuridico non assorbe l' auto-

(1) Conseguenza forse dell' idea di sovranità dominante al tempo dei commentatori e di quell' ordine pubblico universale, di cui abbiamo fatto cenno, era l'efficacia estraterritoriale generalmente riconosciuta alle sentenze penali. Certe pene seguivano il condannato dovunque si recasse, sicut lepra leprosum, secondo l' espressione di Bartolo (C. *De Sum*, *Trin.*, n. 50). Conf. Baldo, C. *De Sum. Trin.*, n. 100.

nomia dei singoli stati e delle singole legislazioni: certe leggi particolari di diritto privato possono oltrepassare i confini del proprio territorio, purchè non offendano il diritto comune e il diritto statutario, assolutamente obbligatorii, del luogo dove si vogliono far valere.

57. Ma come farà il giudice a discernere se una disposizione statutaria è di ordine pubblico e obbliga gli stranieri? È la grande difficoltà che preoccupa anche i giuristi moderni. Ebbene: come oggi si dice al giudice che deve badare all' intenzione del legislatore e allo scopo della legge; così, fino dai tempi di Bartolo e di Baldo, s' insegnava che bisognava riguardare alle parole dello statuto per iscoprire la mens legis: *verba statuti sunt diligenter intuenda* (1): e si doveva indagare: *si ratio finalis statuti concernat bonum publicum... si ratio legis ponderet territorium* (2), per riconoscere il vero scopo della legge, e collocare la medesima fra quelle che *ligant forenses*, o fra quelle che non *trahuntur ad forenses.*

58. Abbiamo dedicato volentieri qualche pagina alla dottrina dei commentatori poichè siamo convinti che senza la nozione di essa non si possa intendere il moderno diritto internazionale privato, e perchè ci è sembrato che anche coloro, che pur riconobbero a quei nostri padri l' onore di avere inaugurato questa scienza, non abbiano compreso tutto lo spirito scientifico e liberale delle loro decisioni, alle quali si rannoda, come l'effetto alla causa, la teoria della scuola italiana contemporanea.

(1) Bartolus, *C De Sum. Trin.*, n. 42.

(2) Baldus, *C. De Sum. Trin.*, n. 55 e 60.

In generale, si è fatto consistere tutto il sistema dei commentatori nella famosa distinzione degli Statuti in reali e personali: mentre la verità è che siffatta regola meccanica acquistò decisiva importanza solamente più tardi. I commentatori, come si è visto, adoperarono insieme a questo molti altri criteri suggeriti dal loro buon senso pratico favorevole all'espansione delle leggi; nè rimasero legati ad una sola rigida formola, insufficiente e pericolosa. L'esame dei sistemi posteriori confermerà coteste nostre asserzioni. Apparirà allora come la maggior parte dei principi fondamentali della nostra scienza, lungi dall'essere invenzione moderna, fu intuita fino dalla seconda metà del medioevo. Certamente la dottrina dei commentatori ha molti difetti e procede incerta e confusa, come ogni cosa, ogni sistema che principia e si svolge: ma, in germe, contiene tutto il diritto internazionale privato.

---

§ 2. — *Gli Statutari.*

SOMMARIO.

59. I Giureconsulti detti statutari. — 60. Concetto generale della loro dottrina. — 61. Le tre regole di Ubero. — 62. La tripartizione degli Statuti. — 63. Statuti personali. — 64. Statuti reali. — 65. Statuti misti. — 66. Effetti pratici di questa divisione. — 67. Le leggi territoriali nelle opere degli statutari. — 68. Difficoltà di riassumere la loro teorica sulle leggi territoriali. — 69. Limite di Ubero: Pregiudizio o incomodo dello stato o dei cittadini. — 70. Limite di Voet: le leggi proibitive. — 71. Altri autori che stabiliscono questa eccezione. — 72. Apprezzamento della dottrina degli statutari. — Confusione delle loro regole. — 73. Criteri da essi proposti per distinguere le varie specie di statuti. — 74. Insufficienza di cotesti criteri. — 75. Contributo recato dagli statutari alla scienza del Diritto internazionale privato. — 76. Gli ultimi statutari. — Foelix. — 77. Rocco. — 78. Le leggi territoriali secondo Story, Burge, Foelix, Rocco. — 79. Applicazione della dottrina di questi scrittori fatte dalla giurisprudenza francese ed anglo-americana. — 80. Confutazione di tale dottrina esageratrice dei diritti dello stato.

59. Ubero chiamò *statutarii scriptores* (1) coloro che al suo tempo si erano occupati della materia degli Statuti. Noi, col Laurent, indicheremo con questo nome gli autori che dal XVI secolo in poi trattarono dei conflitti delle leggi e seguirono, in massima, il sistema degli statuti. È una lunga schiera di giureconsulti di primo ordine, nella quale brillano i nomi di D'Argentrè, Guy Coqüille, Bourgoigne, Rodenburgo, Ubero, Paolo e Giovanni Voet, Boullennoi, Froland, Bouhier, ai quali si possono aggiungere Foelix e il nostro Rocco, che sono gli ultimi illustratori di quella dottrina (2).

60. La teoria degli statuti, se progredì come costruzione sistematica nelle opere degli scrittori ricordati in confronto dell'epoca precedente dei commentatori, non

(1) HUBERUS, *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*, § 15: nelle Praelectiones juris civilis secundum Instit. et Dig., t. II, p. 60 (Maceratae, 1838),

(2) Opere dei principali statutari antichi: D'ARGENTRÈ, *Com. in patrias Britonum leges,* (Parisiis, 1660). — GUY COQUILLE, *Annotation et commentaire sur la coutume du Nivernais,* (Paris, 1605): *Questions sur les coutumes.* — BURGUNDIUS, *Ad consuetudines Flandriae Tractatus controversium,* (Arnhemiae, 1670). — RODENBURG, *Tractatus de jure quod oritur ex statutorum diversitate,* (Utrecht, 1653). — HUBERUS, op. c. — P. VOET, *De statutis eorumque concursu* (Amstelodami, 1661). — I. VOET, *Com. ad Pandectas,* lib. I, tit. III. *De Statutis,* (Neap 1778). — BOULLENNOI, *Traité de la personalité et de la realité des lois, coutumes et statuts,* (Paris, 1776). — FROLAND, *Mem. concernent la nature et la qualité des statuts,* (Paris, 1729). — BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne,* (1787). — D' AGUESSEAU, *Oeuvres,* t. IV, (1764).

vantaggiò certo nello spirito liberale del suo contenuto. La base, diremo così, tecnica, è sempre la famosa distinzione di statuti *reali* e *personali*, a cui anzi si aggiunge espressamente una terza categoria, appena accennata da Baldo, di statuti *misti:* ma gli statutari allargano eccessivamente il numero delle leggi reali a scapito della personalità del diritto, che i commentatori cercarono di favorire e di ampliare fin dove era stato possibile. Difatti, mentre Alberto Bruno affermava che i beni sono un acessorio della persona e che questa deve prevalere su quelli; Burgundio sostiene che i beni sono per l'uomo il sangue e l'anima, e quindi « bona personam non sequntur, sed personas ipsas ad se trahunt. » Inoltre, in questo secondo periodo della storia del diritto internazionale privato diventa principio assoluto, indiscusso, che le leggi non hanno alcuna efficacia fuori del territorio pel quale furono fatte: ed è solamente per eccezione, e pel tacito consenso degli stati — *propter comitatem gentium* — che alcune leggi possono ottenere riconoscimento all' estero.

61. La dottrina di questo secondo periodo viene formulata dall' Ubero nelle seguenti tre regole, che egli chiama addiritura *assiomi*:

« 1. Leges cuiusque imperii vim habent intra terminos ejusdem reipublicae omnesque ei subiectos obligant, *nec ultra;*

« 2. Pro subiectis imperio habendi sunt omnes qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive *ad tempus* ibi commorentur;

« 3. Rectores imperiorum id *comiter agunt* ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique

suam vim. *Quàtenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur* (1) ».

62. Per sapere poi quali leggi possono godere dell' estraterritorialità, col beneplacito ed entro i limiti della comitas, gli statutari tripartiscono tutte le leggi o statuti in *personali*, *reali* e *misti*. Udiamo da Giovanni Voet, che ha goduto tanta autorità fino a questi ultimi tempi, la descrizione di coteste categorie di leggi.

63. Pel giurista olandese sono personali gli statuti « quibus principaliter de universali vel quasi universali personae statu, qualitate, vel inhabilitate disponitur, sive nulla prorsus fiat rerum mentio, sive de rebus etiam sermo sit, si modo *principalis intentio statuentis* non sit de re aliquid, sed de persona disponere. Veluti quibus determinatur an quis pro cive an peregrino habendus sit, pro nobili an ignobili, an infamis, an integrae opinionis, vel famae restitutus; an ejus aetatis ac conditionis, ut testari de bonis possit, nec ne: an mulier, an minor, sine viri tutorisve consensu ad contrahendum admittendi sunt, an non. Nec minus huc reduxeris, declarationem prodigi, concessionem veniae aetatis, interdictionem advocationis, fori negotiationis, artis; aut ex adversa ad haec exercenda admissionem, quoties peculiaris admissio est necessaria, veluti ad exercendam artem tabellionis vel notarii, aut similem; et in genere quoties personae qualitas additur aut detrahitur, ex qua vel habilis, vel inhabilis videbitur ad actus varios expediendos ».

(1) HUBERUS, *op. c.* § 2.

64. Sono reali invece gli statuti i quali « rem principaliter afficiunt et circa rem aliquid disponunt, sive personae mentio facta sit sive non; si modo *primaria statuentis mens* sit non de personis sed de rebus disponere. Quo pertinent jura successionum ab intestato: quonam ordine ad bona quaeque ab intestato quisque in capita, vel stirpes, vel lineas, vel jure primogeniturae admittendus sit: qua ratione legittimi, aut illegittimi, agnati, cognati vocentur: quaeque his sunt similia plura. Nec perperam ad hanc statutorum classem retuleris donationum prohibitionem aut licentiam inter conjuges; communionis bonorum inter eosdem ex nuptiis introducendae determinationem, dispositionem testamentariam alibi vetitam, sola vigente successione ab intestato, permissam alibi ».

65. Infine si dicono misti gli statuti che « neque de rebus principaliter disponunt, sed actuum a personis circa res gerendorum, sive judicialium, sive extrajudicialium formam, modum, ordinem, solemnia definiunt [1] ».

66. Il risultato pratico di coteste classificazioni era questo: che il giudice, indipendentemente dal luogo del giudizio, doveva (sempre in virtù della comitas gentium) applicare lo statuto personale del domicilio della persona, lo statuto reale del luogo dove erano situati gl'immobili, e lo statuto misto del luogo dove erano passati i fatti giuridici. Ai mobili si applicava la legge del domicilio del proprietario, per la finzione « *mobilia ossibus inhaerent*, *mobilia sequntur personam* ».

---

(1) I. VOET, *Ad Pand. Com*, lib. I, tit. IV, *De Stat.*, n. 2-4 (Neap. 1778).

Però gli statutari non erano d'accordo nè nella *nobilissima statutorum divisio*, come la chiamava il Voet, ripudiando alcuni la categoria degli statuti misti; nè nei criteri giuridici giustificanti tale divisione: onde i loro scritti sono pieni di controversie interminabili, e delle più strane e contradditorie sentenze.

67. Cotesta, in sostanza, era la dottrina degli statutari. Ma quei giureconsulti si accorsero che le loro distinzioni, per quanto sottili e particolareggiate, non erano sufficienti a determinare i limiti precisi delle diverse legislazioni; poichè uno statuto estero, rigorosamente personale secondo i canoni della scuola, non sarebbe mai stato riconosciuto in un paese che lo avesse giudicato contrario ai buoni costumi, o al diritto o agli interessi propri; contrario, in una parola, alle leggi *territoriali* o di *ordine pubblico*. Laonde, dopo avere considerato come eccezione (consentita dalla comitas) alla regola assoluta della territorialità di ogni legge che certi determinati statuti godessero efficacia estraterritoriale, dovettero fare delle eccezioni all'eccezione per limitare anche gli statuti personali o estraterritoriali nei casi di collisione con una legge di diritto o di ordine pubblico del paese dove tali statuti si volessero far valere.

68. E quali furono queste eccezioni? È difficile di poterle raccogliere in qualche ordine sistematico, perchè si trovano sparse quà e là nelle opere degli autori, più accennate che svolte, e perchè non formano una vera parte organica del sistema degli statuti. Tuttavia in alcuni scrittori la teorica della territorialità delle leggi è già abbastanza delineata, con marcata tendenza ad esa-

gerare i diritti dello Stato e dei cittadini, e a restringere quelli degli stranieri.

69. Ubero, seguito fedelmente, come vedremo, dagli ultimi giureconsulti realisti (1) anglo-americani e francesi, si eleva a dirittura ad un principio generale, stabilendo come limite dell'espansione del diritto straniero il *pregiudizio* che ne potesse venire allo Stato o ai cittadini: « quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium *praejudicetur* (2) ». E non solo il pregiudizio, ma il semplice *incomodo* può bastare, secondo questo autore, a respingere una legge straniera: « sub hac tamen exceptione, si rectores alterius populi exinde *notabili incomodo* afficerentur (3) ». Ubero fa anche alcune applicazioni pratiche della sua regola ai contratti (4), alle sentenze (5), al matrimonio (6), ai diritti delle cose (7) ecc.

---

(1) Adoperiamo anche noi questa espressione per indicare coloro che hanno esagerato i diritti di sovranità dello stato. Poichè oggidì statuto o *legge personale* o *reale* vuol dire statuto o legge *estraterritoriale* o *territoriale,* indipendentemente dal riferirsi alle persone, alle cose o agli atti. Così invece non era nella dottrina antica.

(2) Huberus, *op. c.* § 2.

(3) Huberus, *op. c.* § 3.

(4) « Effecta contractuum certo loco initorum pro jure loci illius alibi quoque observantur, *si nullum inde civibus alienis creetur praejudicium in jure sibi quaesito...* Ampliamus hanc regulam tali extensione: Si jus loci in alio Imperio pugnet cum jure nostrae civitatis, in qua contractus etiam initus est, confligens cum eo contractu qui alibi celebratus fuit: magis est, ut jus *nostrum* quam jus alienum servemus » (op. c. § 11).

(5) « Civis harlinganus contractum iniverat cum groningano,

70. Voet ha pure trattato con qualche larghezza questa parte difficile del diritto internazionale privato. Egli si propone la questione se si possa dai privati derogare con patti, convenzioni e disposizioni agli statuti. Al qual proposito distingue gli statuti in due categorie: quelli che riguardano la *pubblica utilità*, in cui sono compresi anche

---

seque submiserat judicibus groninganis. Vi submissionis huius groningam citatus, et cum non sisteret se, condemnatus fuerat, quasi per contumaciam. Petita executione, dubitatum est,an concedenda foret in curia frisica. Dubitandi ratio, quod vi submissionis, si reus in territorio judicis cui se submisit non reperiatur, nemo contumaciae peragi possit, ut alibi videbimus: neque *sine detrimento jurisdictionis nostrae et praejudicio civium nostratium talibus sententiis effectus dari queat.* Concessa tamen est eo tempore ecc. » (op. c. § 6).

(6) « Matrimonium pertinet etiam ad has regulas. Si licitum est eo loco ubi contractum et celebratum est, ubique validum erit effectumque habebit, sub eadem exceptione, *praejudicii aliis* non creandi; cui licet addere, *si exempli nimis sit abominandi:* ut si incestum juris gentium in secundo gradu contigeret alicubi esse permissum; quod vix est ut usu venire possit » (op. c. § 8).

(7) « Fundamentum universae hujus doctrinae diximus esse, et tenemus, *subjectionem hominum* infra leges cujusque territorii quamdiu illic agunt, quae facit, ut actus ab initio validus aut nullus, alibi quoque valere aut non valere non nequeat. Sed haec ratio non convenit rebus immobilibus, quando illae spectantur, non ut dependentes a *libera dispositione* cujusque patrisfamilias, verum quatenus *certae notae* lege cujusque Reipublicae ubi sita sunt, illis *impressae* reperiuntur; hae notae manent *indelebiles* in ista Republica quidquid aliarum civitatum leges aut privatorum dispositiones secus contra statuant; nec enim sine magna confusione *praejudicioque* Reipublicae ubi sitae sunt res soli, leges de illis latae, dispositionibus istis mutari possent » (*op. c.* § 14).

quelli che si riferiscono ai *buoni costumi* e alle *forme solenni* degli atti: e quelli che hanno per oggetto primario il *diritto* e *l'interesse dei privati*. I primi sono assolutamente obbligatori, non potendosi da chicchessia offendere l' interesse pubblico.

Quanto ai secondi, bisogna ancora distinguere se sono *proibitivi* o semplicemente *dispositivi*. Voet così definisce gli statuti proibitivi: Prohibitoria dicuntur quibus *nominatim vetitum*, *ne quid fiat*, veluti, ne ad vota secunda transiens plus conjugi relinquat, quam ei ex liberis prioris matrimonii, cui minimam dederit portionem ecc... Ma, soggiunge l'autore, non basta la semplice forma *negativa*: ut proinde prohibitoriis nequaquam accensenda sint ea, quae *simpliciter negative* de jure concepta sunt, veluti, non introduci per nuptias communionem inter conjuges; conjugem conjugi defuncto non succedere etc. Se pertanto si tratta di uno statuto sostanzialmente proibitivo, ogni convenzione e disposizione contraria non ha efficacia nel luogo dove vige tale statuto, benchè sia valida secondo la legge del luogo dove fu fatta.

Sono poi *dispositivi* gli statuti che « nullam prohibitionem complectantur, sed *simpliciter* disponant quod videretur esse e re privatorum »: e a questi si può derogare per rinuncia, per patti e per disposizione (1).

71. Il principio che le leggi proibitive formino un limite all'espansione delle leggi straniere risguardanti non solo i contratti ma ogni altro rapporto e fatto giu-

---

(1) Voet, *op. c.* § 18-20.

ridico si trova generalmente professato dagli statutari fra cui ricordiamo il Rodenburg (1), e il Boullennoi (2).

72. Bastino questi brevi cenni della dottrina degli statutari per giudicare quale contributo essi abbiano recato allo svolgimento del diritto internazionale privato (3). Gli statutari si cristalizzarono nella vuota bipartizione o tripartizione degli statuti, senza sollevarsi alla vera ragione per la quale un dato rapporto di diritto deve essere regolato da una legge piuttostochè da un' altra, e senza cercare un criterio scientifico per riconoscere le

(1) Rodenburg, op. c. cap. V.

(2) Boullennoi, op. c. tit. III, ch. III.

(3) Alcuni hanno affermato che gli statutari pei primi hanno allargato le loro regole a veri rapporti internazionali, mentre i commentatori le avrebbero limitate ai rapporti fra le sole città italiane. Ma ciò è inesatto; perchè invece molti statutari non presero in considerazione che i conflitti delle diverse *coutumes* del medesimo stato: e, quanto ai commentatori, basti a provare che escirono dai confini d'Italia l'esempio famoso di Bartolo (v. p. 53), e questo di Baldo: « Quidam baro habet in Francia multa castra, et in Lombardia habet multa alia: in Francia viget consuetudo, in Lombardia viget jus commune. Quero ergo de duobus, primo, si baro instituit primogenitum secundum consuetudinem Franciae, an iste habebit omnia castra: secundo, quid juris si decedit ab intestato? » (C. De Sum. Trin., n. 83). Ubero però considera espressamente la questione dal punto di vista internazionale, benchè ripeta l'errore dei commentatori di volere risolvere la medesima col diritto romano. « Regulae tamen fundamentales, secundum quas hujus reì judicium (conflictus diversarum legum) regi debet, *ex ipso jure romano videntur esse petendae;* quamquam ipsa quaestio *magis ad jus gentiun,* quam ad jus civile pertineat, quatenus, quid diversi populi inter se servare debeant, ad juris gentium rationes pertinere manifestum est » (op. c. n. 1).

leggi territoriali e quelle estraterritoriali. E siccome è impossibile separare nettamente tra loro gli statuti reali personali e misti, perchè in quasi tutti i rapporti di diritto entrano elementi reali e personali, così non è a maravigliarsi se i dottori inutilmente sudassero e si torturassero, come si esprime Rodenburg ed Erzio, a districare l'imbrogliatissima questione. Anzi alcuni come Froland [1], Boullennoi [2], Bouhier [3] confessarono essi stessi l' impossibilità di riescirvi completamente.

73. Tuttavia ciascheduno mise fuori la sua regola da servire al giudice per distinguere quando uno statuto è personale e quando é reale. Già abbiamo visto quella di Voet. (n. 63, 64, 65). Rodenburg disse che « la natura personale o reale delle leggi si determina dalla natura dell'oggetto o dell'atto a cui si applica la facoltà permessa o vietata alla persona [4]. D'Aguesseau insegnò che « bisogna guardare alla natura, all'oggetto, al motivo di ciascheduno statuto particolare, e specialmente se questo ha in mira direttamente i beni o la persona [5] »: e Boullennoi sostenne doversi considerare unicamente « la materialità dello statuto, la cosa che è nello statuto, senza fare attenzione nè alla persona, a cui la legge permette o proibisce, nè al motivo della legge, nè alla persona cui possa avere avuto riguardo nel proibire o nel permettere [6] ».

(1) Froland, *op. c.* p. 13.
(2) Boullennoi, *op. c.* t. I, pag. 74.
(3) Bouhier, *op. c.* ch. XXII, n. 62, 63.
(4) Rodenburg, *op. c.* tit. I, c. II.
(5) D' Aguesseau, *op. c.* 54 *plaidoyr.*
(6) Boullennoi, *op. c.* tit. I, ch. II, *obs.* 2.

74. Ora tutti questi criteri sono insufficienti, appunto per la ragione accennata, che cioè tanto l'intenzione del legislatore, quanto gli effetti prossimi o mediati di una legge hanno sempre di mira insieme i beni e le persone siccome elementi tra di loro inseparabili. Che se si bada unicamente alla disposizione materiale delle parole della legge si ritorna al criterio tanto criticato di Bartolo, di cui abbiamo altrove parlato (n. 50).

L'unica via per riescire a determinare quali leggi sono personali o estraterritoriali e quali reali o territoriali era ed è quella di studiare la natura di ciaschedun rapporto giuridico, indipendentemente dal riferirsi esso alle persone, alle cose, alle forme, e applicare al medesimo la legge più naturalmente competente: ma questa via non fu veduta che più tardi, come apparirà in seguito. Gli statutari non seppero escire dal circolo vizioso nel quale si erano impigliati colle loro inutili formole.

75. Gli statutari ebbero però il merito di fissare, colle loro esagerazioni dei diritti della sovranità, l'attenzione dei giuristi posteriori sopra la natura e l'azione delle leggi territoriali. Essi infatti non si contentarono di stabilire che gli statuti reali non avevano efficacia estraterritoriale; ma insegnarono che, anche fra gli statuti personali, non potevano essere riconosciuti quelli che urtassero con una legge *proibitiva* o recassero *pregiudizio* e persino *incomodo* alla sovranità o ai cittadini del luogo dove si volevano far valere.

Questi criteri per istabilire i limiti della espansione delle leggi sono antigiuridici e illiberali, come dimostreremo a suo luogo. Qui basti accennare che ciò che im-

prime ad una legge il carattere di ordine pubblico o di territorialità assoluta non è già la forma proibitiva o dispositiva, ma la natura stessa dell'oggetto della legge, il quale può o non può interessare la sovranità o l'ordine pubblico. Onde avviene che si trovino leggi proibitive che non sono di ordine pubblico nè territoriali; e leggi semplicemente dispositive, che sono rigorosamente territoriali. Quanto poi all'altro criterio del pregiudizio o dell' incomodo che una legge straniera può recare alla sovranità o ai privati, chi non vede che quando fosse elevato a principio si potrebbe sempre trovare il pretesto di negare l'applicazione a qualunque legge straniera, distruggendo così il Diritto internazionale privato?

Malgrado coteste esagerazioni, dicevamo, gli statutari rilevarono il bisogno di tutelare gl' interessi dello stato e dei cittadini: e questo elemento delle leggi territoriali o di ordine pubblico, non nuovo, perchè lo vedemmo calcolato anche nelle opere dei commentatori (n. 52-55), ma più differenziato e accentuato, acquistò poi la dovuta importanza nell'epoca contemporanea, in cui anzi costituì il principale e più difficile oggetto di studio nella dottrina del diritto internazionale privato.

76. La dottrina degli statutari ha durato a dominare nella scienza e nella pratica fino a questi ultimi tempi. Essa ha ispirato, fra le altre, le opere meritamente celebrate del Foelix e del Rocco, benchè questi autori dichiarino che quella dottrina è insufficiente a risolvere i conflitti delle leggi. Story e gli altri scrittori anglo-americani respingono, in generale, la teoria degli statuti, ma in fatto addottano gli stessi principi e riescono alle stesse

conseguenze: alcuni anzi hanno esagerato il realismo degli statutari.

Diffatti Kent, Story, Foelix, Wheaton, Rocco partono dal principio che ciascuno stato ha il diritto assoluto di negare nel suo territorio ogni applicazione di legge straniera, e considerano come effetto di pura cortesia (comity, comitas) se, per eccezione, viene riconosciuta a qualche legge efficacia estraterritoriale (1). La comitas poi non è altro che l'arbitrio e l'*interesse*, come dimostra il Laurent (2). Gli anglo-americani, meno poche eccezioni fra gli ultimi scrittori (3), negano persino che ci sia uno statuto personale di sua natura, e considerano il diritto internazionale privato come una parte del loro diritto nazionale (4).

77. Il Rocco è molto più liberale, ed arriva quasi a dichiarare che la estraterritorialità dello statuto personale non deriva dalla *comitas* ma da un obbligo giuridico degli Stati. « Imperocchè, scrive il dotto scrittore, la usanza introdotta appo le genti di mutuamente osservare le qualità appiccate alle persone in stranie regioni, non è l'effetto del puro diritto internazionale volontario....

---

(1) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 617, (ed. 12ª). — Story, *Commentaries on the conflict of laws*, p. 19-32 e 136 (ed. 7ª). — Foelix, *op. c.* p. 103. — Wheaton, *Eléments de Droit international*, p. 100 e seg. (ed. 1ª franc.)

(2) Laurent, *op. c.* t. I, n. 381 e seg.

(3) Confr. Lorimer, *Principes de Droit international*, p. 165 e seg. (trad. Nys, 1885). — Beach Lawrence, *Commentaire sur les Éléments du Droit int. de Wheaton*, t. III, p. 57-69 (1873).

(4) Holland, *The elements of jurisprudence*, (1880). — Wharton, *A Treatise on the conflict of laws*, § 1 (1881).

È ancor richiesto dalla *natura stessa* delle cose, è l'opera del diritto necessario delle genti.... Insomma, ciò che i Voet appellano mutua compiacenza, è invece una *necessità*, una legge impreteribile la quale, usu exigente et humanis necessitatibus introdotta, *obbligando stringe* le genti in durabile amistà ». Il Rocco perciò, benchè segua ancora la teorica degli statuti, stabilisce un principio più largo e fa presentire le distinzioni di diritto pubblico e privato che saranno il fondamento della scuola italiana. « Ondechè, continua, come principio fondato sul diritto internazionale possiam fermare: — I reggitori degli stati tacitamente consentire, che le qualità personali appiccate agl' individui dalle leggi imperanti nel luogo del domicilio, e gli atti in un luogo esercitati secondo le forme quivi stabilite ed i diritti acquistati, sieno ovunque reputati validi e come tali osservati, *solochè alla sovranità altrui non si arrechi alcun detrimento.* Questo secondo principio contiene la ragione dell'applicazione delle leggi nostre sul territorio estero. Riassumendo le cose discorse, noi stabiliamo come base, sopra cui tutta si appoggia l'argomento che trattiamo, due principi, l'uno dal diritto pubblico proveniente, l'altro dal diritto delle genti. Il primo determina la potestà delle leggi del regno su le persone degli stranieri. L'altra quella sul territorio altrui stabilisce (1) ».

---

(1) ROCCO, *Trattato di Diritto civile internazionale*, cap. XX e XXI, p. 167, 169, 174, (ed. 1859). — Confr. SANDONÀ, *Diritto internazionale moderno*, (1870). — CASANOVA, *Lezioni di Diritto internazionale*, (ed. Brusa, 1876).

78. Ma anche questi scrittori, come gli antichi statutari, dopo avere considerata la personalità ò estraterritorialità di alcune leggi come un'eccezione al principio della territorialità assoluta, stabiliscono un' eccezione all' eccezione, pel caso che quelle leggi pregiudichino i diritti della sovranità e l' interesse dei sudditi. Difatti Story (1), concorde in questo con Burge (2), Valette (3), Demolombe (4) e la giurisprudenza inglese, americana e francese, insegna che nessuno stato deve riconoscere le leggi straniere pregiudizievoli ai suoi interessi o a quelli de' suoi sûdditi. Lo stesso dice Foelix: « l' application des lois étrangeres admet un duble restriction fondée sur le principe de l'independence des nations: les lois étrangéres ne peuvent ètre invoquèes, si elles *prejudicient au droit de souverainetè, ou aux droits des nationaux* (5)».

Rocco, come si è visto, non parla che del *detrimento della sovranità*, ma nelle sue applicazioni differisce di poco dagli altri scrittori ricordati.

79. Abbiamo già accennato, parlando della teorica di Ubero, come questo principio *dell'interesse*, limitativo della personalità o estraterritorialità delle leggi, sia troppo indeterminato ed arbitrario; ed ora ne troviamo le prove nell' applicazione che ne fanno la dottrina e la giurisprudenza francese e anglo-americana.

---

(1) Story, *op. c.*, § 70.

(2) Burge, *Comment. on colonial and foreign law*, part. I, ch. IV, p. 27, app. Laurent, *op. c.* II, n. 92, p. 175.

(3) Valette, sur Proudhon, *De l' ètat de personnes*, t. I, p. 86. (ed. 3a).

(4) Demolombe, *Cours de Code Napolèon*, t. I, n. 102.

(5) Foelix, *op. c.* n. 15.

Valette [1] e Demolombe [2], insegnano che si deve ammettere in generale lo statuto personale dello straniero; ma accordano al giudice di applicarlo o di non applicarlo annullando o non annullando gli atti giuridici fatti dallo straniero, secondo che domanderà l'interesse del cittadino col quale lo straniero avesse contrattato. E riferiscono l' esempio di uno straniero che fosse minore secondo la sua legge nazionale, e maggiore secondo il Codice Napoleone, e contrattasse con un francese; affermando, all' appoggio anche della giurisprudenza, che il giudice deve applicare la legge francese, per impedire l'annullamento del contratto che recasse danno al francese. Demolombe però fa una restrizione; esige cioè che il francese non abbia agito con leggerezza od imprudenza. La dottrina e giurisprudenza anglo-americana seguono le stesse massime: cioè la *common law* ha sempre la prevalenza in ogni rapporto e fatto giuridico, tutte le volte che si tratti di favorire un *interesse* dello stato o di un cittadino [3].

(1) Valette, *op. e loc. c.*

(2) Demolombe, *op. e loc. c.*

(3) Conf. Burge, *op. e loc. c.* — Wharton, *op. c.* § 284 e seg.

La dottrina e giurisprudenza anglo-americana e francese trovano riscontro in alcune disposizioni statutarie, le quali formulavano l'identica massima. Lo statuto di Parma ordinava: « *Si aliquis oriundus de alieno territorio venit, vel decaetero veniet ad civitatem Parmae, et tibi exercuerit, vel decaetero exercebit aliquam negotiationem, vel artem, vel stationem tenet, vel tenebit ad mutuandum, vel aliter faciendum ex omnibus causis et contractibus, possit obbligari et conveniri* nullo statuto, vel reformatione obstantibus, tanquam pater familias et major, non obstante patria potestate, vel minori aetate ». (Lib. II, rubr., *De oriundis de alieno territ.* ecc., p. 74, ed. citata).

80. Ora, concludendo, ripetiamo che questa teorica delle leggi territoriali, professata dagli statutari antichi e moderni, è assolutamente inammissibile. Che lo stato abbia diritto e dovere di escludere ogni legge, atto e contratto estero che possa offendere la sua sicurezza, il suo benessere, i principi di morale e di diritto che esso ritiene indispensabili al suo perfezionamento, nessuno lo mette in dubbio. Questo anzi, in un sistema veramente scientifico di diritto internazionale privato, non forma una eccezione estrinseca, ma costituisce uno dei principi fondamentali, un elemento essenziale del sistema stesso. Ma che basti un interesse qualunque dello stato, o, peggio ancora, l' interesse di un privato, di un terzo per escludere la legge straniera non si può concedere senza distruggere lo stesso diritto internazionale. Il giudice, elevato ad arbitro di apprezzare quando sia o non sia leso questo interesse, diverebbe il vero legislatore: e il diritto internazionale varierebbe col variare dei giudici e dell'egoismo del momento.

CAPO II. — TEORIE MODERNE.

§ 1. — *Dottrina tedesca. — Savigny.*

SOMMARIO.

81. La dottrina degli scrittori tedeschi di questo secolo segna una nuova fase nell' evoluzione del diritto internazionale privato. Essa abbandona la vecchia teorica degli statuti, e cerca di stabilire nella natura stessa dei

rapporti giuridici la ragione della territorialità od estraterritorialità delle leggi. I molti e dotti scrittori che si sono occupati di questa materia non si trovano però del tutto d'accordo nè sulle nuove massime fondamentali, nè sulle applicazioni delle medesime. Wächter, Schäffner, Puchta, Thibaut, Savigny, Thöl, Windscheid, Bar che sono i più illustri rappresentanti di questo novello indirizzo, non costituiscono quindi, rigorosamente parlando, una vera scuola, come quella formata dalla maggior parte dei moderni scrittori italiani. Tuttavia concordano nel ripudiare la distinzione tradizionale degli statuti, e, tranne poche eccezioni, nell'ammettere il nuovo, grande principio su cui riposa la scienza del diritto internazionale privato; il principio, pel quale l'applicazione delle leggi straniere non è tollerata dalla *comitas*, ma è imposta agli stati da un vero obbligo perfetto, che il Savigny fa derivare dalla comunità universale del diritto (1). Il sistema del Savigny, come il più completo, è quello che ha trionfato definitivamente sugli altri (2) e che ha varcato i confini della Germania facendo sentire la sua influenza dovunque, specialmente in Italia. Noi quindi non riassumeremo brevemente che questo, con riguardo speciale al tema del presente studio.

(1) Vaechter, *op. c.* — Shaeffner, *op. c.* — Puchta, *Pandekten.* — Thibaut, *Pandekten.* — Savigny, *op. c.* — Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht.* — Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts.* — Bar, *op. c.*

(2) On peut dire que c'est de la théorie de M. de Savigny, qui elle même est une transformation *in melius* de celle de M. de Wächter, que precède aujourd'hui l'ensemble de la doctrine et

82. Savigny stabilisce anzitutto questi due principi: che ogni diritto è un potere appartenente alla persona; e che esiste una *comunità di diritto* fra i differenti popoli. Ciò posto, egli dice che il problema da risolvere si deve formulare in questi termini: determinare per ciaschedun rapporto di diritto, il dominio del diritto il più conforme alla natura propria ed essenziale di questo rapporto. Quindi il giudice deve applicare la legge locale alla quale appartiene il rapporto di diritto litigioso, senza distinguere se questa legge sia quella del suo paese o quella di uno stato straniero. Il che significa, come spiega il Brocher, che vi è una legge superiore che s'impone alle sovranità per fissare la parte di competenza che spetta a ciascuna di esse in materia di diritto; e che gl'intimi caratteri di ciascun rapporto di diritto forniscono gli elementi per riconoscere cotesta competenza naturale.

83. Per Savigny è la *sede* del rapporto giuridico il criterio che stabilisce questa competenza. Ma, soggiunge subito, (ed è questa la parte della sua teorica che interessa ora di far risaltare) che bisogna apportare una restrizione a questo principio; poichè vi sono molte generazioni di leggi, la cui natura speciale non ammette

de la jurisprudence allemande; et le principe sur le quel elle se fonde gagne sans cesse du terrain en France, en Angleterre, dans l'Amerique du Nord et aux Pays-Bas, malgré les différences tres importantes qui se révèlent dans son application aux divers conflits ». BAR, *Journal de Droit int. privé,* t. XIV, p. 268, (trad. dall' Encyklopaedie der Rechtswissenschaft di HOLTZENDORFF, ed. 4ª, 1882).

questa indipendenza della comunità del diritto fra i differenti stati. In presenza di queste leggi il giudice deve applicare esclusivamente il diritto nazionale anche quando il nostro principio richiederebbe l' applicazione del diritto straniero. Di qui risulta una serie di eccezioni importantissime, la cui determinazione rigorosa è forse la parte più difficile del problema che abbiamo da risolvere. Spesso gli autori sono rimasti, a loro insaputa, preoccupati da questi casi eccezionali; e ciò ha contribuito assai a che non vengano accettate generalmente le regole che limitano queste eccezioni. Quindi colui che arrivasse ad assegnare alle medesime il loro vero carattere e i loro veri limiti, dirimerebbe molte controversie riguardanti le regole stesse, e otterrebbe un ravvicinamento fra le diverse opinioni.

84. E quali sono queste eccezioni? Savigny le raccoglie in due classi principali:

a) Leggi di una natura positiva rigorosamente obbligatoria;

b) Istituzioni di uno stato straniero, la cui esistenza non è riconosciuta nel nostro.

85. Classe 1.ª Savigny dichiara che per riconoscere questa classe di leggi non basta la distinzione già da lui fatta, sulle basi del diritto romano, in principio della sua opera [1] di leggi *assolute* (che comandano in modo necessario senza lasciar posto alle volontà individuali), e leggi *supplettive* (che lasciano un campo alle volontà individuali, e suppliscono alla loro negligenza): poichè,

(1) Savigny, *op. c.* t. I, § 16, p. 54 e seg.

se è vero che queste ultime non possano mai costituire una eccezione nel senso sopraindicato; non è sempre vero che tutte le leggi assolute abbiano un carattere così positivo e obbligatorio, da doverle collocare fra i casi eccezionali. Così p. e. ogni legge sul cominciamento della prescrizione è una legge assoluta, e tuttavia si ammette che possa senza inconvenienti applicarsi fuori dei limiti dello stato che l'ha emanata.

Per sapere adunque, continua Savigny, se una legge rientra nei casi eccezionali, bisogna prima di tutto ricercare l'intenzione del legislatore. Se egli l'ha espressa formalmente, questa dichiarazione basta. Ma, esistendo raramente simili dichiarazioni, bisogna riportarsi alle differenze che presentano le leggi assolute secondo la loro diversa natura, e questo ci conduce alla seguente distinzione.

Vi ha una classe di leggi assolute, il cui solo motivo e scopo è di garantire con regole precise l'esercizio dei diritti, nell'unico interesse delle persone titolari dei diritti stessi. Tali sono le leggi che regolano la capacità, le forme di trasmissione della proprietà etc. Le collisioni di queste leggi devono risolversi secondo il principio della comunità del diritto la più libera, perchè nessuno stato ha motivo di negare l'applicazione nel suo territorio di simili leggi straniere.

Un'altra classe di leggi assolute, al contrario, non ha per motivo e scopo unicamente l'interesse dei titolari del diritto; ma ha per base un motivo morale (*boni mores*), o un motivo d'interesse generale (*publica utilitas*) sia che rivesta un carattere politico, o di polizia, o di

economia politica. Tutte le leggi di questa specie rientrano nei casi eccezionali; dimodochè, per riguardo alla loro applicazione, ciascuno Stato deve essere considerato come assolutamente isolato. Così p. e. la poligamia e il diritto di proprietà degli ebrei non possono essere ammessi dove esiste una legge contraria.

86. Classe 2.ª Per questa classe Savigny si limita a citare degli esempi. Il giudice di uno Stato che non riconosca la morte civile e la schiavitù non applicherà l'incapacità risultante da questi istituti, benchè, secondo la regola generale sulla collisione, la capacità personale degli individui sia determinata dalla legge del loro domicilio.

Malgrado le differenze esteriori, soggiunge Savigny, che esistono fra le classi di leggi assolute che ho enumerate, esse hanno tutte questo carattere comune di anomalia, che, per la collisione dei diritti locali, sfuggono a quella comunità del diritto in generale così desiderabile. Ma giova sperare che, in forza dello svolgimento naturale del diritto presso i differenti popoli, il numero di questi casi eccezionali tenderà costantemente a diminuire [1].

87. Tale il sistema del Savigny, che abbiamo voluto riferire quasi testualmente nella parte che tratta del limite della estraterritorialità delle leggi, per due ragioni principali. Primo, perchè riassumendola o riferendola a frammenti questa sottile dottrina del giureconsulto tede-

---

(1) Savigny, *op. c.* t. VIII, p. 14, 30, 34 a 41, 128, 159; e t. I, p. 54 e seg.

desco resta svisata o inintelligibile, come si trova nella maggior parte degli scrittori che hanno inteso di commentarla o confutarla; poi, perchè appaia in tutta la sua evidenza l'originalità del pensiero di Savigny, e il contributo fecondo che ha recato alla scienza dei conflitti delle leggi. Savigny, non ha creato certamente il Diritto internazionale privato; egli stesso dichiara che molti concetti dei commentatori e statutari sono veri: ma ha considerato il problema da un punto così alto e giuridico da imprimere un carattere e un indirizzo affatto nuovo nella nostra scienza. Non più distinzione di statuti in reali, personali e misti, nè di beni in mobili ed immobili; non più comitas gentium: ma comunità di diritto fra tutti i popoli, e obbligo rigoroso in ciascheduna sovranità di applicare la legge più conforme alla natura intima del diritto, senza differenza fra legge nazionale e straniera, tranne il caso di leggi che sfuggono alla comunione del diritto. Mentre pei commentatori ogni legge era di regola personale ossia seguiva la persona; mentre pegli statutari era invece reale o territoriale: per Savigny non è in se stessa nè territoriale nè personale: è l'una cosa o l'altra, secondo che esige la natura del diritto che deve regolare. Il Savigny quindi considera obbiettivamente i rapporti di diritto, senza preoccuparsi delle persone e della sovranità dello stato, e applica a questi rapporti quella legge che nella collisione di diverse sovranità è più competente, cioè più conforme alla natura degli stessi rapporti.

88. Vedremo in seguito se sia più logico questo metodo del Savigny, o quello della scuola italiana e del Laurent, i quali, pur giungendo in molti casi alle stesse pra-

tiche applicazioni, partono invece dall'antico concetto dei glossatori e commentatori, cioè dalla personalità del diritto limitata unicamente dall'ordine pubblico. Per ora dobbiamo restringerci a considerare il sistema del Savigny nella parte che stabilisce le eccezioni al suo principio della comunità del diritto; parte che, come egli confessa, è il punto più difficile della teorica del diritto internazionale privato.

Anche in questa parte non si può dire Savigny abbia propriamente creato, poichè abbiam già visto come gli statutari avessero sentito il bisogno di stabilire certe eccezioni che essi desunsero dalla forma proibitiva o negativa di certe leggi, o dal pregiudizio che una legge straniera potesse recare ai diritti dello stato o dei sudditi; e vedemmo pure che anche i commentatori, se non formularono scientificamente coteste eccezioni, le ammisero in pratica nelle loro decisioni [1]. Ma Savigny diede più nobile, più giuridico e più preciso fondamento a queste eccezioni. Savigny, per escludere una legge dalla comunità del diritto, ossia per negarle l'estraterritorialità, non si contenta che sia proibitiva o che sia pregiudizievole ai cittadini: ma vuole che abbia il carattere di assoluta perchè dettata da motivi di morale o d'interesse generale.

89. Tuttavia è innegabile che questo è il lato più debole del sistema di Savigny, come hanno osservato molti scrittori, i quali però non hanno finora saputo escogitare niente di meglio.

(1) V. sopra n. 52-55.

Wharton dice che le eccezioni di Savigny distruggono la regola [1], Bar che hanno un carattere molto vago (Kennzeichen sehr unbestimmtes) [2], Laurent ripete tutte queste critiche e ne aggiunge delle nuove. Savigny, scrive Laurent, per determinare le eccezioni procede per via di enumerazione piuttostochè per via di principio, ciò che si presta subito alla critica, perchè l'enumerazione non potrà mai essere completa. Inoltre Savigny non risale punto al principio d'onde derivano le due categorie di leggi, dimodochè è impossibile di limitare in modo preciso le eccezioni che ne risultano. Che cosa è una legge essenzialmente positiva e di coazione? Non si sa. Quale è il carattere delle istituzioni giuridiche che loro impedisce di essere riconosciute all'estero? Non si conosce. La nostra stessa lingua ripugna a queste vaghe espressioni. Bisognerebbe incominciare per definire le parole di cui si serve [3].

90. Anche due recenti scrittori italiani hanno vivamente criticato il Savigny per queste eccezioni. Le leggi di una natura rigorosamente obbligatoria, dice Catellani, ammesse come limiti nella comunità del diritto si comprendono facilmente quando si conceda loro soltanto la forza positiva di arrestare, nel paese pel quale furono fatte, gli effetti di convenzioni o di leggi straniere che

---

(1) Wharton, *op. c.* § 94, p. 138: « He (Savigny) admits of certain large exceptions, which, if liberally construed, may leave but little to the rule beyond a name. »

(2) Bar, *op. c.* § 33 p. 108-9; *Journal du Droit. int. privé* t. XIV, p. 270. — F. Mommsen, *Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. LXI, p. 194.

(3) Laurent, *op. c.* t. I, n.° 421, p. 621; e t. II, n.° 198-202, p. 362-367.

vi sieno contrarie; ma l'ammettere, come fa il Savigny, che si debba riconoscere loro anche una forza negativa nel senso che il paese dove non esistono debba arrestare ai proprii confini la diffusione degli effetti prodotti da esse nei paesi dove esistevano, ci pare dare all'ordine pubblico una estensione soverchia ed indeterminata. Così pure giudichiamo troppo lato il secondo criterio di ordine pubblico fornito dal Savigny, quello cioè d'istituzioni di uno stato la cui esistenza non sia riconosciuta nel nostro. Il riconoscere o non riconoscere infatti un ordine di istituzioni può dipendere talora dal non sentire il bisogno di riconoscerle, perchè la vita reale del paese non offre il substrato per legiferare sulla materia, e non dipende sempre dal fatto che quella istituzione sia contraria all'ordine pubblico od agli interessi dello stato [1].

91. Fusinato, a sua volta, dice che il criterio di Savigny non è nè giusto, nè scientifico, nè preciso. Mentre infatti da un canto in tutte le leggi assolute entra qualche motivo che non si riferisce esclusivamente alle persone e al loro interesse privato, dall'altra parte tutte le leggi in sostanza sono costituite in causa delle persone. Che se invece ci arrestiamo all' altro concetto di dichiarare territoriali tutte le leggi che hanno riguardo alla moralità, al pubblico interesse, che hanno un carattere politico, o di polizia o di pubblica economia, ci ritroviamo in un campo ancor più vago ed incerto.... Ancor più ambiguo è il secondo criterio del Savigny. Se

(1) CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, t, 1, p. 79, 111, 133, (1883).

un' espressa disposizione di legge non v' è, il fatto che una istituzione non sia riconosciuta nel nostro stato non pare che di per se possa costituire un sufficiente argomento per respingere una legge straniera che riconosca invece quella istituzione, quando tale istituzione non sia stata dal nostro legislatore ripudiata perché contraria alla morale, al diritto pubblico interno, e così innanzi (1).

92. Alcune di codeste censure sono fondate: ma conviene riflettere che Savigny fu il primo a tentare una classificazione scientifica delle leggi territoriali, e bisogna ricordarsi che si tratta di uno dei più difficili problemi della scienza del diritto, come viene riconosciuto da tutti. D' altra parte, che cosa hanno saputo formulare di più preciso e scientifico gli autori delle riportate censure? Nulla: come vedremo, essi non hanno fatto che una critica negativa.

93. Non intendiamo, ned è possibile, giustificare qui tutte le regole proposte da Savigny per riconoscere le leggi che non possono ottenere l' estraterritorialità: ma ci pare che la distinzione che egli fa di leggi assolute, aventi per iscopo soltanto l' interesse dei titolari del diritto, e di leggi assolute aventi per motivo e scopo anche la morale e l'interesse generale dello stato (2), sia capitale nella nostra scienza, e tale che, senza di essa, non si arriverà mai a stabilire i limiti razionali della estraterritorialità delle leggi. Tanto è ciò vero che i cri-

(1) Fusinato, *Archivio giuridico,* t. XXXIII, pag. 589-590.

(2) Savigny, *op. c.* p. 38.

teri di — diritto privato e di diritto pubblico, di diritto dell' individuo e diritto della società, di ordine pubblico interno, e di ordine pubblico internazionale — propugnati più tardi dal Mancini, dal Laurent e dal Brocher non sono che uno svolgimento, più o meno felice, delle accennate distinzioni di Savigny, come risulterà dall' esame che ne faremo nel seguito di questo studio. Certo, le eccezioni di Savigny (che non è vero procedano per enumerazione senza risalire ai motivi di diritto, come afferma il Laurent, derivando anzi da veri e propri principi giuridici, quali la morale, l'interesse pubblico, il non riconoscimento di certe istituzioni) sono variabili da tempo a tempo, da luogo a luogo. Ma questa variabilità è insita nella natura stessa delle cose. Finchè esisteranno nei vari popoli diversi gradi di coltura, diversa intelligenza della legge morale e giuridica, diverso modo di concepire i rapporti fra l'individuo e lo stato; e finchè tutte queste condizioni intellettuali, morali e politiche fluttueranno e varieranno collo svolgersi continuo del progresso; non si potranno giammai stabilire dei criteri fissi, universali per riconoscere in ogni tempo e in ogni luogo quali sono le leggi comuni a tutti gli stati, e quali sono quelle peculiari a ciascuno di essi: quali cioè sieno le leggi estraterritoriali e quali le territoriali. Ogni principio, ogni risoluzione su questo punto della nostra scienza, avrà sempre il carattere di *relatività*.

94. Malgrado però questa riconosciuta indeterminatezza nei criteri di Savigny, le sue applicazioni ai casi concreti riescono abbastanza chiare e precise come ammette lo stesso Laurent. Vediamone qualcuna.

La capacità delle persone è regolata secondo il sistema di Savigny dal diritto locale del domicilio, ma coi limiti seguenti. Uno stato, dove non è ammessa la poligamia, non permetterà che si applichi il diritto del domicilio di una persona, secondo il quale questa potesse sposare più donne. Un individuo privo nella sua patria della capacità del diritto come eretico può acquistare diritti e fare atti giuridici in un paese che respinge come immorale questa specie d' incapacità. Quando le leggi di un paese negano la capacità d' acquistare agli stabilimenti ecclesiastici (manomorta), gli stabilimenti ecclesiastici stranieri sono colpiti da questa restrizione. Reciprocamente gli stabilimenti ecclesiastici di uno stato dove esistono queste restrizioni, non sono sottomessi alle medesime negli stati, nei quali non vigono simili leggi ristrettive. La ragione delle suesposte eccezioni alla legge del domicilio deriva dalla natura della legge che si deve applicare alla capacità di agire che è positiva e rigorosamente obbligatoria. Invece l' incapacità derivante dalla morte civile e dalla schiavitù non sarà regolata dalle leggi del domicilio, perchè uno stato che non riconosce simili istituzioni deve applicare il suo diritto nazionale, senza badare a quello del domicilio [1].

95. Le obbligazioni, secondo Savigny, sono regolate dalla legge dove hanno la loro sede: ma anche questo principio subisce l'eccezione sopra esposta. Tale eccezione, derivante da una legge rigorosamente obbligatoria, deve applicarsi positivamente e negativamente; vale a dire che

(1) Savigny, *op. c.* p. 159-167.

il giudice è tenuto di obbedire alla legge rigorosamente obbligatoria del suo paese, quand'anche non esistesse nel luogo dove ha sede l'obbligazione; e quando fosse in vigore in questo luogo, il giudice non deve obbedirle, se essa non è la legge del suo paese.

Così il giudice deve rigettare una domanda per interessi usurari, se questi sono proibiti dalla sua legge, benchè fossero ammessi da quelli del luogo che fu sede dell'obbligazione: e reciprocamente deve ammettere simile domanda se non è vietata dalla sua legge, senza riguardo alla proibizione che può esistere nella sede dell'obbligazione. Lo stesso dicasi dei debiti di giuoco. L'applicazione poi di queste eccezioni alle obbligazioni risultanti da delitto è affatto generale, perchè le leggi punitive sono sempre del numero di quelle positive rigorosamente obbligatorie [1].

96. Se ora si esaminano queste applicazioni, anche alla stregua dei criteri adottati dalla scuola italiana e dal Laurent, si vedrà che esse rispondono alle esigenze e alle tendenze del moderno diritto internazionale; se si eccettui quella che si riferisce agl' interessi usurari, vietati dalla legge della sede dell'obbligazione e ammessi tuttavia dal giudice dello stato dove avviene il giudizio, quando ivi non esista legge proibitiva: eccezione questa che lo stesso Savigny dichiara fondarsi anche sopra un altro motivo, cioè sul principio generale, da lui ammesso per le obbligazioni; il principio cioè della sommissione volontaria delle parti ad una determinata legge [2].

(1) Savigny, *op. c.* p. 272-277.

(2) Savigny, *op. c.* p. 273.

Il che ci porta a conchiudere che, malgrado la loro incertezza, i principi e le formole proposte da Savigny per limitare la competenza delle leggi, sono suscettibili di giuste applicazioni, come si è visto, purchè vengano interpretate secondo il pensiero del loro autore, ciò che sempre non hanno fatto coloro che hanno preso a criticare la sua dottrina [1].

---

(1) Sul sistema di Savigny, in genere, confr. la bella *Prolusione* di PRIORA — *Dei rapporti fra cittadinanza e diritto privato secondo la legislazione romana* — (Pisa, 1883). Noi però non dividiamo le sue opinioni sull' opera del giurista tedesco.

§ 2. — *Mailher De Chassat.*

SOMMARIO.

97. Importanza di questo scrittore nella storia dei sistemi di diritto internazionale privato. — 98. Sistema di Chassat. — La *comunità di principi*. — 99. Il principio di nazionalità. — 100. Conseguenze di questo principio nelle relazioni private internazionali. — 101. L' ordine pubblico come limite della personalità del diritto. — 102. Inconseguenze di Chassat.

97. Restano ancora da esaminare i sistemi della Scuola italiana, di Laurent e di Brocher: ma prima, crediamo pregio dell' opera ricordare di passata i principi esposti da un dotto scrittore francese, che ci pare non sia stato apprezzato secondo il suo merito (1). Mailher de Chassat pubblicò la sua opera - *Traité des statuts* - nel 1845, vale a dire quattro anni prima che uscisse l'VIII° volume del Trattato di diritto romano del Savigny.

---

(1) Conf. BAR, *Das internationale Privat-und Strafrecht*, § 22, pag. 48.

Se non c'inganniamo, si trovano già in quell'opera alcuni concetti svolti poi magistralmente dal Giureconsulto tedesco; come indubitatamente vi si rinvengono molte idee illustrate poscia dalla scuola italiana, che nacque e fiorì, come è noto, qualche tempo dopo.

98. Il Chassat afferma anzitutto che l'applicazione della legge straniera non deve dipendere dalla *comitas* ma da una rigorosa obbligazione degli stati [1], che fa consistere precisamente in una *comunità di principi*, come Savigny. « Mais, au lieu de donner pour base à l'extension de ses effets (des lois) d'une souverainetè à l'autre, la simple courtoisie, dont parlent Voet et Merlin, il faudra arriver jusqu'à l'établissement d'un droit fondé sur la *communauté de principes* et les conditions nécessaires d'existence de tous les corps politiques [2] ». E altrove stigmatizza negli stati « le refus d'entrer dans une *communauté générale de principes*, que réclament cependant et rèclameront éternellement les plus vives inspirations de la nature humaine [3] ».

È vero che questa comunità di principi in Chassat rimane assai nel vago e nello speculativo; ma è vero altresì che contiene l'idea fondamentale che Savigny fecondò colle note applicazioni del suo celebre sistema.

99. In Chassat trovasi ancora il germe, per non dire il frutto, della teoria della nazionalità e dell'ordine pub-

---

(1) Mailher de Chassat, *Traité des Statuts*, p. 89 (ed. 1845 Paris).

(2) Mailher de Chassat, *op. c.* p. 98.

(3) Mailher de Chassat, *op. c.* p. 113.

blico. Si veggano i seguenti passi. Egli si fa queste due domande: [1].

1° Una nazione è obbligata a riconoscere nel suo territorio la legge nazionale dello straniero?

2° In caso affermativo, quali sono i limiti, al di là dei quali, l'applicazione di questa regola non sarebbe che una violenza fatta all' indipendenza della nazione straniera?

100. Risponde alla prima, dimostrando che bisogna cessare di considerare l' individuo isolato, senza alcun legame speciale con alcuno stato, e affermando che l'uomo che si trasporta in uno stato straniero non è più un semplice individuo, reclamante come tale, in virtù del diritto naturale o delle genti, l' applicazione della legge straniera, relativa al suo stato, alla sua condizione, alla sua capacità: ma è il nazionale del tale paese, il membro del tal corpo politico, la rappresentazione vivente del tal ordine di rapporti che uniscono il suo paese alla sovranità straniera nel seno della quale si trova [2]: e perciò, scrive Chassat, questo individuo, per far rispettare la sua legge nazionale è autorizzato a dire alla sovranità straniera: Ce n' est pas un homme, un simple individu qui vient vous imposer l' obligation de reconnaîte en lui une loi qui n'est pas la vôtre; c'est une souveraineté étrangère qui vous demande par mon organe, de consacrer en moi tous les effets de ma nationalitè, c' est-a-dire de son droit naturel. C' est, non de ma personne, mais de

(1) Mailher de Chassat, *op. c.* p. 214.

(2) Mailher de Chassat, *op. c.* p. 88.

mon association même que dérive mon droit. Je vous domande donc au nom du corps dont je fais partie, l'application de la lois de mon pays qui définit ma nationalité, et m'en assure les effets. C'est la personne politique, ainsi définie, qui réclame de vous l'application rigoureuse, des préceptes du droit naturel. En contestant ma demande, vous contesteriez le droit public de mon pays, vous contesteriez le vôtre, le droit naturel des ètres collectifs, la *sociabilité* humaine. Vous devez donc reconnaître et consacrer en moi mon origine, mon ètat de majeur, de mineur, d' interdit, de légitime, de marié, de veuf, de libre, etc., defini par les lois de ma patrie (1) ».

101. Alla seconda domanda risponde: « L'unique limite à apporter à l' application de ce principe consiste dans la condition expresse, que les effets nécessaires de la nationalité ainsi entendus ne pourront jamais, et dans aucun cas, réfléchir, ni *sur le sol, ni sur les institutions publiques, ni sur les lois gènèrales, les moeurs, l' ordre public, la sûreté du pays* au sein duquel se développe la nationalitè étrangère, d' où pourrait résulter une collision qui, bien que simple collision de lois, d'aprés la nature spéciale du fait, serait une véritable *collision de souverainetés*, résultat qui répugne essentiellement aux idées de la matière (2) ».

102. Chassat sembra, non cseremmo affermarlo, avere intuito, benchè confusamente, anche la distinzione di ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale;

(1) Mailher de Chassat, *op. c.* p. 215.

(2) Mailher de Chassat, *op. c.* p. 90, 216, 217.

distinzione attribuita comunemente a Brocher, e che ha portata molta luce, come vedremo, nella nostra materia. Su di che può vedersi specialmente quanto scrive intorno alla *realità* considerata sotto il duplice aspetto delle sue applicazioni all' interno e all' esterno dello stato [1]. S'ingannerebbe però chi credesse che Chassat abbia poi nella sua opera applicati logicamente i principii sopra ricordati: poichè esso non ha potuto dimenticare del tutto la dottrina degli statuti che combatte, nè quella dell'*interesse* dominante in Francia.

(1) Mailher de Chassat, *op. c.* p. 92, 93, 94.

§ 3. — *Scuola italiana.*

SOMMARIO.

103. La scuola italiana di diritto internazionale privato. — Scrittori italiani dissidenti. — Scrittori stranieri aderenti. — 104. Utilità di un largo riassunto della dottrina italiana. — 105. Sistema del caposcuola Mancini. — 106. Il limite dell'ordine pubblico. — 107. Principio sintetico del sistema di Mancini. — 108. Errore di coloro che credettero indentificare questa dottrina con quella di Schäffner e di Savigny. — 109. Differenze principali fra i tre sistemi nella sostanza. — 110. E nel metodo. — 111. Analogie. — 112. Concordia quasi completa degli scrittori italiani sul limite dell' ordine pubblico. — 113. Pescatore. — 114. Saredo, Esperson, Fiore, Lomonaco, Gianzana, Macrì, De Rossi, Norsa, Olivi, ecc.

103. A questa appartiene la maggior parte degli scrittori italiani moderni, e alcuni stranieri, fra i quali notiamo il Weiss, che ha scritto l'opera più recente di diritto internazionale privato, dichiarando di accettare completamente la dottrina italiana, che egli chiama della

personalità del Diritto [1]. Anche il Laurent ammette, in sostanza, il principio degli autori italiani, detto da lui della *nazionalità*. « Je constate, egli scrive, avec bonheur, que je suis arrivè aux mèmes résultats, sans avoir eu connessaince de leurs travaux [2] ». Giova però avvertire che non è unanime, come si potrebbe credere, il consenso dei nostri scrittori. Poichè il Gabba [3], il Saredo [4], il Fiore [5], il Lomonaco [6], il Brusa [7], seguono piuttosto, Savigny; Bianchi [8], Sandonà, [9] e pochi altri parlano ancora della divisione degli statuti; e ultimamente il Fusinato ha scritto una critica vivace del sistema italiano, conchiudendo tuttavia coll' accoglierne le applicazioni principali [10].

Ad ogni modo la dottrina italiana per la sua ori-

(1) WEISS, *Traité élémentaire de Droit international privé*, p. 512, (Paris 1886).

(2) LAURENT, op. cit. t. I, n.° 14.

(3) GABBA, nella *Rivista di legisl. e di giurispr.*, anno 1867, parte III^a, pag. 1-12.

(4) SAREDO, *Saggio sulla storia del Diritto internazionale privato* (Firenze 1873).

(5) FIORE, *Diritto int. privato,* (Firenze 1874), e vol. II del *Trattato di Diritto internazionale pubblico* (Torino, 1882).

(6) LOMONACO, *Trattato di Diritto civile intern.* (Napoli 1874).

(7) BRUSA, *Note alle* Lezioni di CASANOVA, vol. II, (Firenze 1877)

(8) BIANCHI, *Corso elementare di Codice civile*, (vol. I, pag. 115-230, Parma 1869).

(9) SANDONÀ, *Diritto internazionale moderno* (1870).

(10) FUSINATO, *Il principio della Scuola italiana,* nell' *Archivio giuridico,* vol. XXXIII, pagina 521-613: e *Introduzione a un Corso di Diritto internazionale,* parte II. (Lanciano, 1885).

ginalità, per la sua completa costruzione sistematica, pel lungo e valoroso numero di scrittori che l'hanno illustrata e propugnata, per l'influenza da essa esercitata sulla nostra codificazione civile e, in genere, sulla scienza del diritto internazionale, merita davvero l'onore, concordemente tributatole dagli stranieri, di essere chiamata scuola.

104. È necessario riferire con qualche larghezza i tratti caratteristici di questo sistema, perchè deve formare l'oggetto principale del presente studio, e perchè, avendo servito di base alle disposizioni preliminari del nostro Codice civile, è impossibile dare alle medesime una retta interpretazione senza conoscerne le fonti.

105. La Dottrina italiana viene formulata dal Mancini nel seguente modo.

Dopo avere confutati e scartati i sistemi degli statuti e degli scrittori tedeschi, compreso Savigny, di cui però accetta il principio della comunità del diritto, dell'autonomia individuale, e, in parte, quello dell'ordine pubblico, Mancini incomincia dallo stabilire che *l'ordine giuridico* consiste nell'accordo fra la *libertà privata* ed il *potere sociale*, fra la *legge dello Stato* e le *prerogative dell'individuo*, fra *l'ordine politico* e *l'ordine civile*, e che *l'autorità sociale* deve arrestarsi nella sua azione laddove incontra la *libertà inoffensiva* e quindi *legittima* dei particolari. Ciò posto, il carattere giuridico speciale che distingue un popolo da un altro risulta dalla massa delle libertà individuali dei cittadini rispettivi, le quali trovano nell'ordine privato la loro espressione, come nella sovranità dello stato si trova la garanzia dell'ordine pubblico.

Ma la libertà individuale in quanto non eccede, non

cessa di essere legittima anche fuori della società politica, perchè essa è propria dell' uomo come tale, non come cittadino di una data società, e sopravvive eguale anche fuori dello stato, perchè lo spirito e il carattere nazionale si rivelano precipuamente nei rapporti di diritto privato. Infatti le leggi d' ogni paese, relative agli atti e usanze che dipendono dalla libera spontaneità dei loro agenti, hanno piuttosto il carattere di patti taciti popolari fra le famiglie che le compongono: talora riposano semplicemente sui costumi, sulle abitudini e sulla tradizione domestica. Onde ne segue, che il principio di nazionalità traccia un limite, fra le persone straniere ed altri popoli e stati, analogo a quello che nei rapporti di diritto privato traccia al potere pubblico del governo, nell'interno dello stato, il principio di libertà, protettore della legittima autonomia individuale. E come il diritto di nazionalità, che appartiene al popolo intiero, non è differente in sostanza dal diritto di libertà, che appartiene agli individui, ne segue che l' individuo può reclamare, in nome del principio di nazionalità, dagli stati stranieri, pei diritti privati che formano il suo patrimonio, lo stesso rispetto che egli reclama dal suo stato e dai suoi concittadini. Questa garanzia e questo rispetto sono quindi un atto di stretta giustizia, al quale una nazione non può sottrarsi senza violare il diritto delle genti, senza rompere quel vincolo che unisce la specie umana in una grande *comunità di diritto* fondata sulla identità e sulla sociabilità dell'umana natura.

Ma nel diritto privato dello straniero si riscontrano due parti: una *necessaria;* l' altra *volontaria.* La parte

necessaria contiene le leggi concernenti lo stato personale, l' ordine e i rapporti di famiglia, in cui si comprende anche l'istituto della successione; qui la volontà dell' uomo non può nulla, e tutto dipende dalla legge della sua patria. Attribuire ad una persona la nazionalità italiana, francese e tedesca, è infatti svegliare a un tratto l' idea di tutti quei diritti personali e relativi all' ordinamento della famiglia, che appartengono a tutti gl'individui componenti ciascuna di queste nazionalità. Un uomo potrebbe cangiare la nazionalità accettando la nazionalità di un altro paese, ma non potrebbe tenerla, e ripudiarne le condizioni. La parte volontaria invece comprende i beni, il loro godimento, i contratti, le obbligazioni etc., nei quali rapporti l'individuo può uniformarsi tanto alla legge nazionale che a quella straniera; e qui il diritto internazionale privato si riduce spesso a cercare, e talora a presumere, la *volontà delle parti* (1). Bisogna rispettare la *volontà inoffensiva* dello straniero: nè lo stato ha interesse alcuno ad impedirne l' esercizio.

106. Ma la cosa è diversa, continua il Mancini, se dal diritto privato passiamo al diritto pubblico. Mentre nel diritto privato i vincoli giuridici dell' individuo sono indipendenti dal territorio da lui abitato e dalla nazione straniera, nel diritto pubblico l' individuo invece è sottomesso alla costituzione ed agli ordinamenti dei poteri pubblici, del loro esercizio, dei rapporti cogli individui, qualunque siano abitanti il territorio, alle regole generali della loro azione politica, ai divieti e alle prescrizioni

(1) V. sopra p. 55, *nota* 1.a

giudicate necessarie alla prosperità della vita sociale. Qui pertanto succede una specie di espropriazione legittima (non cessione) che uno stato fa di parte della libertà degl' individui da lui protetti. Ogni stato, in virtù del diritto generale d'eguaglianza e d'indipendenza nazionale, deve considerarsi fornito del potere assoluto di custodire il suo diritto pubblico quale esso l' ha concepito e stabilito, senza potervi essere fatto ostacolo da nessuna straniera influenza. Nell' *ordine pubblico* si deve pure comprendere *l'ordine morale*, cioè il rispetto dei principi superiori della morale, *i buoni costumi*, *i diritti primitivi inerenti all'umana natura*, *le libertà essenziali*, *e l'ordine economico*, come è regolato dalla società; onde lo stato può rifiutare ogni effetto alla poligamia, alla schiavitù, alla manomorta, ai feudi e simili.

107. In conclusione, secondo il Mancini, il diritto civile privato è *personale e nazionale*, e, come tale deve accompagnare la persona anche fuori della sua patria: il diritto pubblico al contrario è *territoriale*, si eleva sul territorio e su tutti quelli che lo abitano, indigeni o stranieri senza distinzione. Questa teorica, dice Mancini, non è che lo svolgimento scientifico delle ragioni giuridiche proprie dei due statuti, personale e reale, dell'antica scuola italiana, successivamente divenuta europea. A codeste formole tradizionali e vuote, se ne sono sostituite due altre facilmente intelligibili, cioè: *diritto privato e domestico*; *diritto pubblico e politico*. NAZIONALITÀ, LIBERTÀ, SOVRANITÀ sono gli elementi del nuovo sistema, e devono tutti concorrere a costituire per la soluzione dei conflitti di diritto internazionale privato il principio seguente: « *Ogni le-*

gislatore deve riconoscere senza riserva sul suo territorio il diritto privato dello straniero; e al contrario deve ricusare ogni azione alle leggi, alle sentenze ed agli atti esteri che fossero in contraddizione col DIRITTO PUBBLICO E TURBASSERO L' ORDINE NEL TERRITORIO (1).

108. Tale il sistema del Mancini, e, in generale della scuola italiana, da lui fondata. Alcuni scrittori recentissimi si sono sforzati di dimostrare la quasi identità di questo sistema con quello di Savigny (2). Taluno è giunto persino ad affermare che le teoriche di Schäffner Savigny e Mancini « sono completamente identiche (3) ». Il bello si è che Savigny combatte Schäffner e Mancini confuta l' uno e l' altro! Non è nostro compito di fare qui una studio comparativo di questi sistemi; ma non possiamo trattenerci dall' osservare che non crediamo possibile accomunarli insieme, benchè coincidano in molte pratiche applicazioni. Mentre Schäffner insegna che ogni relazione giuridica deve essere giudicata secondo le *leggi di quel luogo nel quale è divenuta esistente*, e Savigny vi sostituisce quelle della *sede del rapporto giuridico*;

---

(1) MANCINI, *Rapport préliminaire presenté a l' Institut de droit international (session de La Haye)*, pubblicato in parte nella *Revue de droit int. di Gand*, Vol. VII, p. 350, et seg.; e per intero nel *Journal de droit int. privé*, Vol. I, p.221-239, 285-304. V. pure le sue *Prelezioni* dal 1851 al 1872, (Napoli 1875); e il suo *Esame dell'opera di* NICOLA ROCCO nel *Rendiconto* dell'Accademia delle Scienze di Napoli, anno 1843.

(2) CATELLANI, *op. c.* vol. I, cap. III.

(3) AGNETTA GENTILE, *Lezione di chiusura del Corso di diritto int.* pag. 17-19 (Palermo 1878)

Mancini invece stabilisce per principio, che è la *legge nazionale* della persona quella che deve regolare i diritti della medesima. Se le parole e i concetti hanno qualche valore, parci che queste tre formole siano assolutamente diverse. Ci basti notare alcune differenze capitali fra il sistema dei due giuristi tedeschi e quello di Mancini. Pei primi la legge che governa lo stato e la capacità delle persone è quella del domicilio, perchè quivi sono divenuti esistenti, o hanno sede i rapporti giuridici che costituiscono appunto lo stato della persona stessa: per Mancini, al contrario, è la legge della patria della persona, come quella che deve più naturalmente disciplinare tutto il diritto privato. Ma altra differenza fondamentale separa il sistema di Mancini e della scuola italiana dai due sopra ricordati; ed è la natura e il modo d'azione del limite assegnato rispettivamente all'estraterritorialità delle leggi.

109. Schäffner esclude dalla sua formola ogni limite, ma questo ricorre quasi involontariamente nelle applicazioni che egli ne fà allo stato delle persone, al matrimonio, alle obbligazioni ecc. sotto il nome di *jus publicum* o di *leggi assolute* che hanno forza di arrestare l'efficacia della legge straniera [1]. Codesto limite, per Schäffner, costituisce una semplice eccezione estrinseca (e tale la chiama egli stesso) al suo principio fondamentale, il quale pertanto ê completo e assoluto nel modo che abbiamo di sopra riferito.

---

(1) SCHAEFFNER, *Esplicazione del diritto privato internazionale*, p. 36, 39, 98, 111. (trad. Tenore, Napoli 1859).

Anche per Savigny il limite, derivante dalle leggi positive rigorosamente obbligatorie e dalle istituzioni non riconosciute nella patria del giudice, non forma parte organica del suo principio fondamentale ma agisce come eccezione al medesimo [1].

Invece nella scuola italiana questo limite è racchiuso nella formola stessa del principio fondamentale da essa stabilito, come una parte organica del medesimo, ed agisce in tutte le applicazioni pratiche non come eccezione, ma come uno dei due elementi sostanziali su cui riposa tutto il sistema. Qui il diritto e l'ordine pubblico, che costituiscono in realtà il limite dell'espansione delle leggi straniere, non possono concepirsi separati dal diritto privato che è personale o estraterritoriale; nè questo senza di quelli. Se questa concezione del limite suddetto sia esente da inconvenienti, se sia migliore di quella di Schäffner e di Savigny e quali siano le pratiche conseguenze dell'una e dell'altra, tutto ciò si potrà vedere nel corso di questo lavoro: ma questo basti per dimostrare le differenze principali che separano profondamente i sistemi che abbiamo esaminato.

110. Alle quali differenze se ne può aggiungere ancora un'altra importantissima desunta dal metodo diverso tenuto dai due giuristi tedeschi e dalla Scuola italiana nelle rispettive ricerche. Schäffner e Savigny studiano obbiettivamente la natura dei rapporti giuridici per fissare la competenza della legge che li deve regolare, quasi indipendentemente dai titolari dei rapporti stessi e dalla

(1) Conf. Fusinato, *Archivio giuridico,* l. c.

sovranità territoriale; Mancini invece studia direttamente i titolari del diritto, le persone [1], ma in relazione alla sovranità dello stato a cui appartengono e a quella dello stato in cui vogliono far valere i loro diritti. E anche questo diverso processo metodico porta, come è facile intuire, notevoli differenze nella costruzione del sistema e nelle applicazioni.

111. Con queste osservazioni non intendiamo negare che Mancini e gli altri scrittori italiani, alcuni dei quali lo dichiarano apertamente come Lomonaco, Saredo, Fiore, Milone e Brusa (questi due anzi disapprovano la scuola italiana) non abbiano attinte molte idee da Savigny; ciò è noto e ammesso da tutti: ma nondimeno riteniamo che la scuola italiana abbia un vero carattere di originalità tutto suo proprio. Se si volessero cercare delle analogie ci pare che si trovebbero maggiori in Chassat, che in Savigny, come abbiamo accennato più sopra. Ma anche questo scrittore diede appena l'abbozzo del suo sistema, che non seppe poi logicamente applicare a casi pratici.

112. I limiti della comunità del diritto o della estraterritorialità delle leggi, che abbiamo visto stabiliti dal Mancini, si riscontrano in sostanza identici negli altri scrittori italiani, anche in quelli che confessano di essersi inspirati a Savigny, cosichè può affermarsi che in questo punto sono tutti concordi meno pochissime ecceziozi [2].

113. Pescatore, che prima ancora del Brocher adoperò l'espressione *competenza legislativa* per significare

(1) Fusinato, *op. e loc. c.*

(2) V. Brusa, *op. c.* t. II, p. 365.

la naturale autorità di una legge a reggere i rapporti di diritto nelle relazioni internazionali, dopo avere stabilito che il cittadino della repubblica degli stati invoca giustamente in qualunque territorio l'applicazione della legge della sua patria riguardo allo stato personale, ai diritti di famiglia, ai beni, alle convenzioni, pone questo limite: « purchè però l'applicazione della legge nello stato da cui essa non emana, non offenda *l'interesse politico ed economico* dello stato medesimo, e non contraddica a quelle *leggi che il legislatore nel suo sovrano giudizio ha consacrate siccome principi assoluti d'ordine pubblico, di morale e di religione* ». Il Pescatore poi soggiunge che sarebbe inesatto qualificare siccome *eccezioni* alla regola le norme di diritto internazionale procedenti dall'interesse politico e morale dei singoli stati ecc. perocchè nell'associazione generale delle nazioni, l'autonomia delle singole nazioni rappresenta quel principio di libertà e d'indipendenza individuale che è la prima sorgente del diritto comune (1).

114. Saredo trova questo limite « *nell'ordine politico*, nei *buoni costumi* e nelle *disposizioni espressamente proibitive* (2) »; Esperson nel « *Diritto pubblico* » comprendente « *il così detto diritto pubblico fondamentale* o *diritto politico, le leggi penali, di polizia e di sicurezza pubblica, la procedura civile* e *penale, nonchè le disposizioni di diritto civile* e *commerciale, le quali*

(1) PESCATORE, *La Logica del Diritto*, pag. 323, 325, (Torino, 1863).

(2) SAREDO, *op. c.* p. 111.

mirano a tutelare l'interesse politico, economico o morale dello stato [1] »; Fiore, nelle molte sue opere ha anche esso dichiarate territoriali le leggi di *diritto pubblico* [2] o *di ordine pubblico* [3]; solamente nell'ultimo suo lavoro si è accostato al criterio del Laurent, ed ha sostituita la formola « *interesse pubblico e diritto sociale* [4] ». L'ordine pubblico, il diritto pubblico, con o senza l'aggiunta delle leggi proibitive, sono pure i criteri adoperati dal Lomonaco [5], dal Macrì [6], dal Gianzana [7], dal De Rossi [8], dal Norsa [9], dall'Olivi [10], e dagli altri scrittori italiani, che si sono occupati di questa materia.

---

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 31; e *Le Droit intern. privé dans la legisl. italienne* (Journal de Droit int. 1880 p. 33)

(2) Fiore, *Nuovo Diritto pubblico internazionale*, p. 132-133 (Milano 1865): e *Trattato di diritto internazionale pubblico*, Vol. II, p. 144-145 (ed. 2ª Torino 1882).

(3) Fiore, *Diritto internazionale privato*, pag. 41 (Firenze 1874)

(4) Fiore, *Il Diritto civile italiano*, Vol. I, pag. 451-452 (Napoli 1886).

(5) Lomonaco, *op. c.* p. 58-61.

(6) Macrì, *Teorica del Diritto internazionale* vol. I, p. 497, 520 (Messina 1883).

Gianzana, *Lo straniero nel Diritto civile italiano*, vol. I, p. 110 (Torino 1884).

(8) De Rossi, *Studi di diritto internazionale privato* (Livorno 1880).

(9) Norsa, nella *Rassegna del diritto commerciale*, p. 218-277, 1883.

(10) Olivi, nella *Revue de Droit international* ecc. 1883, p. 109-243, 357-385.

§ 4. — *Laurent.*

SOMMARIO.

115. Cenno del sistema del Laurent. — 116. La sua teorica sul limite della personalità del diritto. — 117. Sua critica della formola italiana dell' - ordine pubblico. — 118. E del - diritto pubblico; - e delle - leggi proibitive. — 119. Formola del Laurent - *diritto della società.* — 120. Difficoltà di distinguere il diritto sociale dal diritto privato. — 121. Differenza tra la formola del Laurent e quella di Mancini. — 122. Che cosa è il diritto sociale di Laurent? — 123. Anche la sua formola manca di precisione. — 124. Perchè Laurent ne abbia fatto applicazioni pratiche felici.

115. Laurent pone a base della scienza del diritto internazionale il principio di nazionalità, e confessa di essersi in questo trovato d'accordo colla scuola italiana senza averla conosciuta. « Cette coincidence, esclama, est un fait remarquable, elle temoigne pour l'universalitè des principes qui se produisent à une certaine époque, bien que les hommes qui les suivent n'aient aucun rapport

entre eux [1] » Secondo Laurent ogni legge è personale, perchè ogni legge ha per iscopo di formulare il diritto, e il diritto è l'espressione della natura umana. E siccome personalità e nazionalità si confondono [2] ne viene che la legge nazionale della persona regge tutti i fatti giuridici dove essa interviene, salvo quelli che dipendono dalla pura volontà delle parti interessate, e salvo la realtà delle leggi che sono di diritto pubblico [3].

Da questi principi si vede subito che Laurent, in sostanza, ammette i tre elementi fondamentali della teorica italiana, cioè nazionalità, autonomia individuale e diritto pubblico; sicchè parebbe inutile esporre qui di nuovo la stessa dottrina. Ma, mentre egli concorda quasi in tutte le applicazioni colla nostra scuola, critica l'espressione di ordine pubblico usata da essa e dal Codice civile, e si diffonde a stabilire altri criteri, che egli afferma più precisi, per caratterizzare le regole di diritto esclusivamente territoriali. Ed è questa parte che c'interessa, e che dobbiamo esaminare.

116. Per riescire al suo intento, Laurent incomincia dallo stabilire che vi sono due specie di leggi secondo l'oggetto che devono regolare: leggi d'ordine privato, nel senso che la società non ha nè interesse nè diritto a intervenire nelle contese ad esse relative, e in questo caso non si può dire che la legge sia reale o sovrana: leggi di ordine pubblico, nel senso che la società ha interesse

(1) Laurent, *op. c.* I, n. 423.
(2) Laurent, *op. c.* I, n. 12.
(3) Laurent, *op. c.* I, n. 428-90.

e diritto a regolare le contese, e qui la legge è reale e sovrana ed esclude ogni legge straniera (1).

Così vi sono delle leggi d' interesse privato che sono nello stesso tempo d' interesse sociale: e poichè la conservazione della società è interessata a che tali leggi sieno osservate, è certo che tutti quelli, pei quali queste leggi possono ricevere applicazione, devono esservi sottomessi, sieno stranieri o indigeni. In questo senso vi sono delle leggi reali. Non si deve quindi dire che la realtà di certe leggi è una eccezione alla regola della personalità: ma bisogna dire invece che vi sono leggi personali di loro natura, e sono quelle che regolano gli interessi privati delle persone; e che vi sono leggi reali di loro natura, e sono quelle che interessano la conservazione della società benchè tocchino anche degl'interessi privati (2). Non vi ha dunque nè regola nè eccezione: vi sono due ordini di leggi, le une riguardanti i diritti della società, le altre relative ai diritti dell'individuo; le prime sono *reali*, le seconde *personali* (3).

117. Laurent critica le espressioni — leggi di ordine pubblico, di diritto pubblico, leggi proibitive, — adoperate dal Codice Napoleone, dal Codice nostro, dalla scuola italiana e dall'Istituto di Diritto internazionale, per denotare le leggi reali o territoriali: espressioni che egli giudica equivoche, dannose e che hanno ingannato la dottrina e la giurisprudenza. L'espressione *ordine pubblico*

(1) Laurent, *op. c.* I, n. 185-190.

(2) Laurent, *op. c.* I, n. 11.

(3) Laurent, *op. c.* II, n. 206.

è ambigua perchè essa significa talvolta ciò che è d'interesse generale o di diritto pubblico, e in questo senso, è vero che le leggi di ordine pubblico sono reali; ma, in materia di diritto privato, l' ordine pubblico indica lo stato e la capacità delle persone, e in questo senso le leggi di ordine pubblico sono personali. « Il y a, egli dice, une *nuance très délicate* entre les lois d' ordre public, qui sont personelles, et les lois d' ordre public qui sont réelles comme étant de droit public ». Tutte le leggi di ordine pubblico sono d' interesse generale: ma non basta che l' interesse generale intervenga in una legge perchè questa sia perciò solo reale; poichè allora bisognerebbe, come nel Medio evo, dichiarare reali tutte le leggi, avendo sempre la legge per oggetto un interesse generale. Quale è dunque il carattere distintivo delle leggi reali? È quello d' interessare l'*esistenza*, la *conservazione* il *perfezionamento* delle società; la società deve figurarvi come parte principale (1).

118. Neppure la formola *diritto pubblico* piace al Laurent (2). Nel linguaggio giuridico è sinonimo di ordine pubblico. Tuttavia sarebbe espressione preferibile, quando si desse alla medesima il significato del *jus pubblicum* romano: ma oggi essa ha un significato tecnico determinato pel quale denota le leggi costituzionali ed amministrative. Ora vi sono delle leggi che non rientrano in queste due categorie e che tuttavia formono uno statuto reale: tali sono le leggi penali e quelle che concernono

---

(1) LAURENT, *op. c.* II, p. 352, 354, 355, 357, 368, 371.

(2) LAURENT, *op. c.* n. 204.

i buoni costumi. Questa espressione adunque non è abbastanza comprensiva.

Laurent combatte infine il criterio delle *leggi proibitive*, formola che dice troppo e non dice abbastanza. Non basta che una legge abbia la forma proibitiva per divenire territoriale, altrimenti le leggi proibitive sullo stato e capacità delle persone sarebbero reali: d'altra parte una disposizione che interessi la società è reale senzachè abbia la forma proibitiva. La forma quindi è indifferente; è la natura della disposizione che determina la natura dello statuto (1).

119. Il Laurent conclude col dichiarare che egli preferisce l' espressione *diritti della Società*, per indicare le leggi territoriali, perchè è la più ampia di tutte, comprendendo tutte le materie che la società ha interesse e diritto di regolare; e soggiunge che la società non ha diritto che quando la sua *esistenza*, *conservazione* o *perfezionamento* sono in causa. Il principio quindi della *realità* o territorialità delle leggi viene da lui così formulato: « *Le leggi relative ai* diritti della società *ricevono la loro applicazione, qualunque sia la nazionalità delle parti interessate, qualunque sia la natura dei beni e qualunque sia il luogo del contratto* » (2).

120. Ma come si distinguono le leggi che concernono la società o il diritto sociale da quelle che riguardano il diritto privato? Qui sta, confessa il Laurent, la vera difficoltà, che nessuna definizione può risolvere. È

(1) Laurent, *op. c.*, II, p. 268: VIII, p. 163.

(2) Laurent, *op. c.*, II, p. 346, 351, 357.

la lotta secolare sulla questione di sapere quando uno statuto è personale e quando è reale. Nello stato attuale delle relazioni internazionali è insolubile in modo assoluto, perchè gli stati sono sovrani; ciascuno si organizza a suo talento, ciascuno concepisce a suo modo la propria missione e i propri diritti, e perciò il diritto sociale varià da uno stato all'altro. Di qui un inevitabile conflitto che non può ricevere una soluzione assoluta (1). Fiore aveva scritto che è impossibile tracciare una linea di demarcazione fra le leggi di ordine pubblico e le leggi di ordine privato (2). No, risponde Laurent: la difficoltà riceve una soluzione, e i lunghi lavori dei legisti hanno servito a prepararla (3). Ma l'illustre scrittore non ci dice poi quale sia questa soluzione. Poichè non può dirsi una soluzione scientifica l'affermare che tocca al giudice di risolvere il conflitto, applicando la dottrina che domina nello stato dove egli rende giustizia (4). Questo l'aveva già insegnato Wächter, ed è sentenza comune. Ma la dottrina non è legge obbligatoria pel giudice: innoltre, in qual paese il giudice troverà una dottrina uniforme e concorde sopra un argomento tanto difficile e disputato?

121. Da questo riassunto della dottrina del Laurent sulla natura delle leggi territoriali si vede che egli ha, in sostanza, accettato il principio del Mancini sostituendo alle formole « Diritto pubblico, ordine pubblico » quella

(1) Laurent, *op. c.* II, p. 348, 372.

(2) Fiore, *Diritto internazionale privato,* n. 28 (ed. 2ª, 1874).

(3) Laurent, *op. c.* II, p. 173.

(4) Laurent, *op. c.* II, p. 349, 375, VIII, p. 157.

di « Diritto sociale ». Ora, anche ammettendo che le espressioni della scuola italiana e quelle del nostro codice civile meritino gli appunti mossi dal Laurent, non crediamo che il giureconsulto belga abbia saputo concepire un criterio più preciso per riconoscere le leggi territoriali, nè dare una formola più esatta di quelle da lui tanto criticate.

In massima tutti sono d' accordo nell' ammettere che certe leggi non possono varcare i confini dello stato che le ha emanate, e che escludono ogni legge straniera contraria; la scuola italiana e Laurent sono anche d'accordo sulla natura e, direi, sul numero di queste leggi: solamente Laurent le chiama, con un nome nuovo, leggi di diritto sociale; e intende per diritto sociale, quello che interessa « l'esistenza, la conservazione, il perfezionamento della società ».

122. Ma che cosa è il diritto della Società? In qual trattato di filosofia del diritto troverà il giudice il concetto preciso di questo diritto, la sua estensione, i suoi limiti? Inteso in senso filologico non significa nulla di più nè di meglio che diritto pubblico: l'uno deriva da *societas*, l'altro da *publicum*, parole che in fondo, valgono lo stesso [1]. Con questa differenza però, che mentre la espressione di diritto pubblico ha ricevuto dalla scienza, dalle legislazioni e dall' uso un senso tecnico abbastanza preciso; la parola diritto sociale non ha ancora acquistato alcun significato concreto; e può valere tanto per diritto scien-

(1) V. sul significato di *Pubblico* le acute osservazioni di ROMAGNOSI, *Istituzioni di civile Filosofia*, § 1987-1998, p. 1360-1363 del vol. III, *Opere* (ed. milanese).

tifico, o come dicesi oggidì, sociologia; come pel complesso di tutti i diritti spettanti all' umanità intera, o ad una singola società o stato.

124. Concludendo questo cenno sulla dottrina del Laurent, noi dobbiamo ripetere che, in questo punto speciale, non ci è sembrata più esatta delle altre teoriche fin qui escogitate. Ma siamo ben lungi dall'associarci alla critica acerba e intemperante del Bar [1]: poichè se la formola, colla quale l' illustre giurista belga ha creduto di classificare le leggi territoriali, presa così isolata, lascia a desiderare, può tuttavia giustificarsi colle spiegazioni fornite dall' Autore stesso; e rappresenta, ad ogni modo, uno dei più dotti tentativi fatti per disciplinare questa difficilissima materia. L' insieme poi del sistema svolto dal Laurent nella sua opera colossale non merita affatto critiche di tal genere.

(1) Bar dice che il principio di Laurent è: « *une cire molle, et les exceptiones qui le tempèrent ont l' elasticité du caoutchouc* »: aggiunge che è « *un'eresia giuridica* » ed altri simili giudizi. (*Journal de Droit int. privé,* t. XIV, p. 269, 271, 273). — Confr. anche Wharton, *op. c.* § 104.

§ 5. — *Brocher.*

SOMMARIO.

125. Dottrina del Brocher. — 126. La sua teorica dell'*ordine pubblico internazionale.* — 127. Natura ed effetti di cotesto ordine pubblico. — 128. Giudizio di Catellani sulla teoria del Brocher. — 129. Giudizio del Fusinato. — 130. Merito di tale teorica.

125. Il Brocher critica la teoria della Scuola italiana e del Laurent, specialmente nella parte dell'ordine pubblico e sostiene che il diritto internazionale deve lasciarsi sviluppare sulle basi e col metodo del Savigny. Malgrado questa dichiarazione, Brocher riesce a mettere fuori dei concetti quasi originali. Egli parte dal principio che un diritto acquisito è cosmopolita di sua natura e deve essere dovunque rispettato. Ora ogni diritto nasce dalla combinazione di un fatto e di una legge. Il fatto è fornito, in ciaschedun caso, dalle circostanze, e bisogna prenderlo come si produce; resta a sapersi da quale legge questo fatto deve essere regolato. La difficoltà quindi si riduce

ad una questione di *competenza internazionale* che può così formularsi: quale delle legislazioni, fra cui può sorgere dubbio, deve essere preferita a regolare il fatto creatore del diritto. Per risolvere il problema bisogna consultare i testi, se si tratta di diritto positivo; la natura delle cose, se si tratta di un diritto speculativo. Per questo secondo caso, il Brocher stabilisce che la legge più naturalmente competente è quella della sovranità meglio collocata per soddisfare all' esigenza di una buona amministrazione della giustizia: dal quale supremo principio derivano queste due conseguenze:

1.° Che bisogna in ciaschedun caso ricercare sotto l' impero di qual legge si è formato il diritto;

2.° Che, questa legge riconosciuta, deve essere rispettata in tutti i territori, purchè non esistano *ostacoli superiori* (1).

126. Questi ostacoli superiori sono le disposizioni di *ordine pubblico internazionale*; cioè quelle regole che ciascuno stato ritiene così imperative da esigerne l' osservanza assoluta.

---

(1) Brocher, *Revue De Droit int.* ecc, 1881, p. 554 e seg.

La sovranità, secondo il Brocher, non è assoluta nel territorio. Ciascuna sovranità, presa individualmente, ha la sua parte nell' opera comune, che consiste nel *proteggere il pieno svolgimento del diritto anche a traverso le frontiere degli stati.* Ciascuno di questi stati attinge in cotesta obbligazione, di concorrere all' opera comune, una competenza che gli è *propria*, che le altre sovranità devono rispettare. Questa *cooperazione* e questa *ripartizione* di competenza danno luogo ad una *comunità di diritto*: è in questo senso, e non in quello di un diritto identico a tutte le nazioni, che bisogna intender queste parole (ivi).

Ed è qui che il Brocher ha cercato di stabilire la importante distinzione tra l'ordine pubblico *interno* e l'ordine pubblico *internazionale*.

Gli stessi elementi, egli dice, si trovano generalmente alla base dei due ordini pubblici: sviluppo normale e sicurezza dello stato, principi superiori di sociabilità, regole imperativamente imposte dalla morale o dalla religione. Queste basi comuni riescono egualmente a risultati esteriormente analoghi, si manifestano come rigori eccezionali nell' applicazione di certi principi. Pure si deve fare e mantenere una distinzione capitale. L' ordine pubblico interno si sviluppa nel seno di una sola e medesima legislazione: si tratta di fissare dei limiti tra la volontà del sovrano e quella dei suoi sudditi. È invece tra sovranità diverse che si devono stabilire dei limiti, quando si tratta di ordine pubblico internazionale.

L' ordine pubblico interno è, di regola, estraterritoriale: l' ordine pubblico internazionale è assai più ristretto poichè riguarda un conflitto di leggi che emanano da sovranità eguali (1).

127. Pel Brocher l' ordine pubblico non si deve considerare come uno statuto per se stante, nè come una restrizione, od eccezione: ma invece come una modalità degli statuti stessi. « Il se prête moins à l'idée d'un statut existant par lui même, qu' à celle d'une *modalité* résultant de circonstances spéciales (2) »....

---

(1) BROCHER, *l. c.* e *Cours de Droit international privé*, t. I, p. 109, 144 (Paris) 1882.

(2) BROCHER, *Cours* ecc. t. I, p, 144.

« Ce n' est pas seulement comme motif de restreindre l' application des regles ordinaires que l' ordre public agit dans notre doctrine, il la domine dès la base jnsqu'au sommet: il la marque toute entière de son empreinte ».

« L' ordre public se montre sousson duble aspect: il doit être consulté soit pour *consacrer*, soit pour *limiter* les règles du droit international privè; ce n' est pas se faire une idée suffisant de son importance que de ne le considérer que sous son aspect negatif (1).

In conseguenza di questi ragionamenti, il Brocher, è tratto a conchiudere che, quando una legge non ha effetto in causa dell' ordine pubblico, allora non è la competenza della legge che è contestata, ma la *riceribilità* della regola consacrata da essa (2).

128. Due egregi scrittori italiani, che hanno recentemente esaminata questa teoria dell' ordine pubblico di Brocher, hanno dato giudizi affatto opposti sulla importanza scientifica della medesima.

Catellani dice che la teoria dell'ordine pubblico svolta dal Brocher è il principale contributo recato da cotesto autore alla scienza. Secondo Catellani, il Brocher avrebbe colla sua distinzione realmente modificata la dottrina del Savigny e della scuola italiana, rettificando e precisando il concetto dell' ordine pubblico, per modo che tale teoria assicura assai meglio delle altre i diritti acquisiti e toglie dalla loro esistenza tutta quella incertezza e quell'arbi-

---

(1) Brocher, *Cours* ecc. t. I, p. 24: *Nouveau Traité de Droit int. privé,* n. 140-149. (1876).

(2) Brocher, *Revue* cit. p. 566.

trarietà che deriva necessariamente dal prendere per base dei limiti l' ordine pubblico interno e dal permetterne l' azione così positiva, come negativa (1).

129. Il Fusinato invece dichiara che non ha trovato nella teoria del Brocher niente di tutto questo.

Quelle leggi, egli dice, che il Brocher chiama d' ordine pubblico interno, tutti sono d' accordo nel riconoscerle come personali: ma è relativamente a quelle che il Brocher chiama di ordine pubblico internazionale che sorge tutta intiera la controversia, la quale, tutt'al più, apparirà adesso sotto forma diversa, in questa domanda: questa o quella disposizione è di ordine pubblico interno o di ordine pubblico internazionale? Mentre finora soltanto si chiedeva se quella disposizione fosse o no di ordine pubblico, ma attribuendo all' ordine pubblico quel significato ristretto che Brocher indica colla espressione di ordine pubblico internazionale. Il Fusinato conclude che la nuova terminologia merita di essere accettata: ma che essa non dà un criterio nuovo col quale si possa distinguere quali disposizioni di legge appartengono all' uno e all' altro ordine pubblico, nel quale criterio soltanto potrebbe consistere la novità della dottrina (2).

130. Noi pensiamo che la distinzione del Brocher fra i due ordini pubblici sia veramente importante e feconda di esatte applicazioni pratiche, come vedremo più innanzi. Certo questa distinzione trovasi implicita e, diremo così, latente anche nella teorica di Mancini e di Laurent;

---

(1) CATELLANI, *op. c.* I, p. 200.

(2) FUSINATO, *Archivio giuridico*, t. XXXIII, p. 605.

poichè senza di essa è impossibile di riescire a comprendere i limiti che questi autori hanno inteso di porre alla personalità del diritto. Ma nelle opere precedenti simile distinzione è più intuita che dimostrata: d' onde la imprecisione e confusione non a torto rimproverate da molti a quei sistemi. Brocher invece ha saputo togliere l' equivoco, e significare con una frase felice quel complesso di disposizioni che costituiscono il limite dell' estraterritorialità delle leggi straniere. Ma Brocher non ha compiuta l' opera: egli non si è curato di fornire i criteri precisi per riconoscere sempre le leggi di ordine pubblico internazionale; e nelle sue opere non ha fatto agire in modo manifesto e sistematico il principio teorico che aveva pel primo dimostrato. Da ciò, forse, la ragione per la quale la teorica del Brocher non ha ancora avuto dai cultori della nostra scienza quell' assentimento che, secondo noi, merita e che non può mancarle.

In un punto della dottrina del Brocher non andiamo d' accordo. La teoria dei *diritti acquisiti* non può servire di principio fondamentale al diritto internazionale privato, come hanno dimostrato il Mancini [1] ed il Gabba [2] Il Brocher stesso sembra avere riconosciuto ciò implicitamente, poichè non si serve mai del principio da lui enunciato per risolvere alcuna importante controversia.

---

(1) Mancini, *op. e loc. c.*

(2) Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, t. I, p. 135-141 (ed. 2ª 1884).

§ 6. — *Alcune altre dottrine moderne sulle leggi territoriali.*

SOMMARIO.

131. Prima di porre fine alla nostra breve rassegna delle principali teoriche di Diritto internazionale privato, accenniamo ad alcune altre opinioni manifestate in questi ultimi tempi intorno al limite dell'estraterritorialità delle leggi.

132. Già abbiamo visto come la dottrina anglo-americana meno recente, rappresentata dal Kent, dallo Story e anche dal Wharton, ammetta che il pregiudizio, il semplice interesse dello Stato o dei cittadini, basti per escludere l' applicazione di una legge, atto o contratto

stranieri, che la comity permetterebbe di riconoscere in assenza di tale ostacolo [1].

Però gli scrittori più recenti, come Phillimore, Westlake, Lorimer, che hanno abbandonato il principio della comity, e che sostengono che l'applicazione delle leggi straniere deve farsi in certi casi non per cortesia, ma *ex debito justitiae*, rigettano anche il principio dell'*interesse* della vecchia scuola, quale limite all'espansione delle leggi.

Phillimore dichiara mostruosa la celebre sentenza della corte della Luigiana che, in sostanza, veniva ad affermare il principio che i tribunali devono applicare le leggi personali dello straniero quando torna conto ai nazionali [2]. Egli confessa che la ricerca dei limiti delle leggi straniere è una delle più difficili questioni di cui possano occuparsi i giuristi. Per lui ci sono tre categorie di leggi assolutamente territoriali: e cioè, le leggi politiche o costituzionali; le leggi religiose e morali; le leggi strettamente locali, prodotte da sentimenti, idee ed abitudini peculiari a ciascheduna nazione.

Uno stato non deve riconoscere una legge straniera che sia contraria a qualcuna delle leggi accennate [3].

133. Westlake critica la formola dell'*ordine pubblico*, giudica impossibile di stabilire una distinzione tra le leggi di ordine pubblico e privato; ma poi non dà alcun

(1) V. sopra n. 78, 79.

(2) Conf. su ciò anche WHARTON, *op. c.* § 114.

(3) PHILLIMORE, *Comm. upon int. law*, t. IV, pag. 11 e seg. (1874).

criterio nuovo per designare i limiti dell'applicazione delle leggi straniere (1).

134. Lorimer dice: « Il diritto di rifiutare di riconoscere le leggi straniere si estende fino al punto ove il rifiuto cessa di contribuire allo scopo stesso dello stato, ove cessa di essere necessario (2) ».

135. Asser stabilisce: « Certe regole hanno un carattere imperativo o proibitivo, dimodochè ogni diritto straniero *divergente* deve essere escluso per motivi di morale pubblica e d'interesse sociale (3) ».

136. Mommsen confuta la teoria delle leggi assolute proibitive di Savigny e propone la seguente regola: « Non potranno mai ricevere applicazione le leggi straniere ogniqualvolta l'applicazione loro rimanga esclusa dalle leggi interne, secondo le prescrizioni e lo scopo delle medesime (4) ».

137. Il Weiss, che accetta la dottrina della scuola italiana, così riassume il suo concetto intorno a questo punto: « Ogni legge, sia che riguardi esclusivamente la persona in se stessa, sia nei suoi rapporti colla famiglia, coi beni mobili o immobili, è una legge personale ammessa, in principio, all'estraterritorialità: questa regola non incontra dei limiti che, da una parte nell'interesse dello stato sul territorio del quale è chiesta l'appli-

---

(1) Westlake, *Annuaire de l'Institut de Droit international,* t. I, p. 38-43; t. III, p. 192.

(2) Lorimer, *op. c.* p. 171.

(3) Asser, *Éléments de Droit international privé,* n. 25. (1884).

(4) F. Mommsen, *op. c.* p. 202.

cazione di una legge straniera, cioè nell'*ordine pubblico internazionale*, dall'altra nell'interesse privato dello straniero stesso, il quale trova la formola nella regola *locus regit actum*, e nell'*autonomia* della volontà [1] ».

138. Ultimo, in ordine di tempo, ad occuparsi del gravissimo problema della determinazione dei limiti alla estraterritorialità delle leggi è stato il Fusinato. Egli ha chiamata la formola della scuola italiana e del Codice civile « l'ordine pubblico » disadatta, equivoca, vaga, sfrenata, cattiva, pessima; e, pur dichiarando che la qualità della materia si ribella ad ogni formola precisa, ne propone anch'esso una, anzi due. La prima è questa: « Devono sempre venire applicate dal giudice, in confronto di qualunque contraria disposizione del diritto straniero, quelle prescrizioni, siano di diritto pubblico o privato, le quali evidentemente e principalmente servono a garantire nella società quell'ordinamento politico, economico e morale che il legislatore ha reputato il più saggio [2] ».

La seconda invece dice: « Che il giudice non potrà mai applicare il diritto straniero, quando tale applicazione giungerebbe ad un resultato che sarebbe in contrasto col diritto pubblico (in senso tecnico) dello stato, e con quelle leggi di diritto privato che il legislatore ha emanato per scopi che *evidentemente* e *principalmente* riguar-

(1) Weiss, *Traité élém. de Droit intern. privé,* p. 529 (1886).

(2) Fusinato, *Questioni di diritto int. priv.* p. 36, (Estratto dalla Giurisprudenza italiana, anno 1884).

dano la morale, o l'interesse politico, sociale o economico, come il legislatore medesimo ha creduto saggio di costituire (1) ».

139. Poche parole intorno a tutte queste formole. A nostro rassegnato avviso, alcune sono affatto indeterminate e pericolose; nessuna è suscettibile di portare alcuna luce su questo difficile punto del diritto internazionale privato. Se infatti lo stato può, secondo Phillimore, rifiutare l'applicazione di una legge straniera solamente perchè contraria ad una legge interna religiosa o a certe idee ed abitudini speciali della sua popolazione, si dà campo al giudice di far dominare l'intolleranza religiosa e l' esclusivismo politico ed economico a danno della libertà internazionale. Se poi si accetta il criterio di Asser, si arriva alla distruzione dello stesso diritto internazionale. Non pare neanche credibile che quell'illustre giurista abbia potuto scrivere che basti la *divergenza* di una legge straniera dalla nostra, perchè siamo autorizzati a respingerla!

140. Migliori, certo, sono le formole di Lorimer e di Mommsen: l'una pel suo carattere eminentemente filosofico; l' altra per la sua forma pratica e positiva. Ma quella del Lorimer rimane troppo nel vago e nello speculativo; e quella del Mommsen suppone una legislazione positiva completa e perfetta sulle relazioni private internazionali. Onde, nè l'una, nè l'altra è sufficiente, nello stato attuale del diritto internazionale privato, a risol-

(1) Fusinato, *Archivio giuridico*, t. XXIII, p. 606.

vere nè teoricamente nè praticamente le questioni nascenti dai conflitti delle leggi.

141. Il Weiss non aggiunge nulla al principio della scuola italiana e di Brocher. Quanto alle regole proposte dal Fusinato, osserviamo anzitutto che, mentre esso condanna l'espressione di ordine pubblico, adopera poi delle circonlocuzioni che significano lo stesso concetto. Che differenza infatti corre fra leggi di ordine pubblico, e leggi che riguardano « l'ordinamento politico, economico e morale dello stato » oppure « l'interesse politico, sociale ed economico dello stato? » Sostanzialmente nessuna: senonchè la prima è più sintetica e, forse, meno equivoca delle altre. Osserviamo, in secondo luogo, che colle formole suddette si ricade nell'errore, tanto acutamente avvertito dal Brocher, di confondere insieme le leggi assolutamente obbligatorie pei sudditi con quelle assolutamente obbligatorie anche per gli stranieri: cioè si confonde, come si esprime il Brocher stesso, l'ordine pubblico interno coll'ordine pubblico internazionale. Così p. e. le leggi che concernono lo stato e la capacità delle persone sono senza dubbio di quelle disposizioni che il legislatore ha principalmente ed evidentemente emanate per garantire alla società quell'ordinamento politico, economico e morale da lui reputato più saggio: eppure nessuno affermerà oggi che tutte coteste disposizioni debbano dal giudice applicarsi allo straniero.

Non basta adunque che una legge abbia questi motivi e questi scopi perchè diventi, senz'altro, territoriale; altrimenti quasi tutte le leggi rientrerebbero in cotesta categoria, mirando tutte, più o meno, a simili fini. È

necessario qualche cosa di più: è mestieri che appaia evidentemente e principalmente che le disposizioni di cui parliamo sieno dettate non solo pei sudditi, ma anco per gli stranieri. E col criterio proposto dal Fusinato nessun giudice riescirà mai a scoprire questo carattere e questo scopo. Nè crediamo che possa recar luce al giudice l'altro concetto — dell'ordinamento riputato più saggio dal legislatore: — poichè, come fu già notato dal Pfeiffer [1], tutti i legislatori partono dal necessario presupposto che le proprie leggi sieno le migliori e le più perfette. Quindi, questo criterio subbiettivo, o non dice nulla, o può spingere il giudice ad escludere le leggi straniere, dichiarando territoriali tutte le leggi nazionali perchè *più saggie.*

(1) PFEIFFER, *Das Prinzip des internationalen Privat-rechts*, p. 40-41, app. BRUSA, *Note* al Casanova, lez. XXXI, t. II, p. 357.

§ 7. — *Progetti di formole legislative concernenti le leggi territoriali.*

SOMMARIO.

142. Dopo avere esaminati i tentativi fatti individualmente dagli scrittori, da Savigny in poi, per costruire una teorica delle leggi territoriali, o di ordine pubblico internazionale, non sarà inutile ricordare le formole che sono state in proposito concretate in recenti progetti di legge e nelle risoluzioni prese dalle più importanti Associazioni giuridiche: le quali formole, mentre rappresentano il risultato di tutti gli studi precedenti, segnano anche l'esaurimento degli sforzi collettivi dei giuristi e dei legislatori per ridurre a regole più precise questa materia difficilissima della nostra scienza.

143. Il congresso dei rappresentanti degli Stati del-

l'America del Sud, riunito ufficialmente a Lima nel 1878 per « veder modo di uniformare la giurisprudenza dell'America in ciò che si riferisce al Diritto internazionale privato », formulò un progetto di un trattato di 60 articoli, fra i quali figura il seguente:

« Art. 54. *Le leggi, le sentenze, i contratti ed altri atti giuridici che abbiano avuto origine in paese estero si osserveranno nella repubblica solo in quanto non sieno incompatibili colla sua costituzione politica, colle leggi di ordine pubblico e coi buoni costumi* (1) ».

144. L'Istituto di Diritto internazionale, fra le regole approvate nella sessione di Oxford, inserì la seguente:

« Art. VIII. *En aucun cas les lois d'un État ne pourront obtenir réconnaisance et effet dans le territoire d'un autre État, si elles y sont en opposition avec le droit public ou avec l'ordre public* (2) ».

145. L'Association for the Reform and Codification of the Law of nations, nella sessione di Milano del 1883, propose le regole sull'esecuzione dei giudicati esteri che dovrebbero servire di base ad un trattato internazionale, fra cui questa:

« IV. *Le jugement ne doit rien contenir qui soit contraire ni à la moralité, ni à l'ordre, ni au droit public de l'État où il doit être exècuté* (3) ».

---

(1) *Documenti diplomatici* intorno ai negoziati e convocazione di conferenza diplomatica in Roma per *norme convenzionali di Diritto internazionale privato e per l'esecuzioue di giudicati stranieri;* presentati alla Camera italiana il 28 Giugno 1885, p. 229.

(2) *Annuaire de l'Institut de Droit int.*, 1881-82 p. 41-57.

(3) *Rassegna di Diritto commerciale*, 1883, p. 330.

146. Laurent, incaricato dal ministro belga Bara, di redigere un Progetto di revisione di quel Codice, scrisse nel progetto presentato una sezione così intitolata: « *De lois d'ordre social:*

« Art. 26. *Les lois relatives aux droits de la societé reçoivent leur application, quels que soient le lieu du contract, la nationalité des parties interessées et la nature des biens.*

Cette regle s' applique:

1.° *Aux lois qui dependent du droit public et du droit pénal*;

2.° *Aux lois qui concernent les bonnes moeurs*;

3.° *Aux lois qui abolissent les priviléges politiques en matière de succession*;

4.° *Aux lois qui règissent les prescriptions. La prescription acquisitive est régie par la loi de la situation des biens, et la prescription extintive par la loi du lieu où l' obligation a été contractée* (1) ».

147. Non avendo il Ministro succeduto al Bara fatto suo il Progetto elaboratissimo in sette volumi del Laurent, fu dal governo nominata nel 1884 una commissione mista, composta di Deputati, Avvocati, Magistrati e Professori per redigere un nuovo Progetto di revisione. Questa Commissione scartò l'art. 26 del Laurent, e propose il seguente:

» Art. 14. *Non obstant les articles qui précedent, il ne peut être pris ègard aux lois étrangères dans le*

---

(1) Laurent, *Avant-Projet de révision du Code civil,* t. I, p. 147 (Bruxelles, 1882).

cas où leur application aurait pour résultat de porter atteinte aux lois du royaume qui consacrent ou garantissent un Droit ou un interêt social ».

La Commissione nel suo dotto rapporto dà le ragioni per le quali non seguì il Laurent, e spiega così il perchè dell' avere ommesso di parlare dei buoni costumi: « L' art. 14 du projet n' indique pas les bonnes moeurs comme ne pouvant ètre un obstacle à l' application de la loi étrangère en Belgique. Il parait difficile d'admettre qu'une loi étrangère puisse ètre supçonnée de *favoriser les mauvais moeurs.* Les bonnes moeurs prennent place, il est vrai, dans l'article 12 de la loi italienne; mais cette disposition, on le sait, s' applique à la fois au conflit des lois du royaume avec les lois étrangères et au conflit des lois, soit nationales, soit étrangères, avec les dispositions et conventions particulières qui regissent les unes ou les autres [1] ».

---

(1) *Revue de Droit international,* t. XVIII, p. 494-499 (1886).

LIBRO SECONDO.

TEORICA DELLE LEGGI TERRITORIALI

CAPO I. — GENERALITÀ.

SOMMARIO.

148. Difficoltà, ma non impossibilità di costruire una teorica dell' estraterritorialità delle leggi. — 149. Cause della difficoltà. — Natura complessa degl' istituti giuridici da esaminare. — 150. Espressioni tecniche equivoche. — 151. Mancanza di fonti giuridiche positive. — 152. La ragione e la natura delle cose fonte principale delle nostre ricerche. — 153. Effetti utili della mancanza di regole positive. — 154. Libertà di giudizio intorno alle leggi e ai giudicati dei tribunali. — 155. Il metodo delle formole generali è errato. — 156. Utilità di un principio generale. — 157. Metodo che intende seguire l' autore. — 158. Disegno del presente studio.

148. Dall'esame dei principali tentativi fatti per determinare i limiti della estraterritorialità delle leggi si è potuto constatare quanta difficoltà inviluppi questo argomento: difficoltà giudicata dalla maggioranza degli scrittori assolutamente insuperabile. Ma noi non possiamo acconciarci a cotesta affermazione, perchè dovremmo nello stesso tempo confessare che gli studi del diritto internazionale

privato non meritano il nome di scienza. Come potrebbe infatti chiamarsi scientifica una disciplina che lasciasse nel maggior numero dei casi all' arbitrio irrefrenato dei giudici l'applicazione delle leggi straniere? Noi pensiamo che sia pregiudizievole agli ulteriori progressi della scienza nostra cotesto ripetere che è impossibile definire i limiti razionali del diritto internazionale privato. Ben maggiori e più gravi problemi sono stati risoluti. Il lavoro secolare dei giureconsulti e della giurisprudenza di tutti i paesi civili, le progredite cognizioni sulla funzione interna ed esterna dello stato, il rispetto generalmente riconosciuto della personalità individuale e collettiva, la manifesta tendenza dei popoli ad una quasi uniformità legislativa intorno ai più importanti istituti giuridici, le stesse imperiose esigenze della vita intellettuale ed economica internazionale, tutto ciò ha spianata la via alla scienza contemporanea per raggiungere quella precisione rigorosa che manca nei sistemi fin qui escogitati.

149. Notava il Gabba in un suo classico libro (1) che la teoria della retroattività delle leggi presenta gravi difficoltà nascenti principalmente da due cagioni: cioè dall' indole complessa di molti istituti giuridici, e dall' indeterminatezza del significato di molte espressioni tecniche adoperate dalle leggi e dalla giurisprudenza. Questa osservazione quadra a cappello anche alla teorica dei limiti delle leggi nello spazio.

Molti istituti e fatti giuridici appartengono contemporaneamente al diritto pubblico e privato. Dipende

---

(1) Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi,* vol. I, p. 129.

quindi dalla prevalenza dell'uno o dell'altro elemento la decisione se un rapporto giuridico di questa indole debba essere regolato da una legge piuttostochè da un' altra. Il valutare cotesta prevalenza riesce in molti casi difficilissimo, se non si esamini profondamente l' intima natura del rapporto stesso giuridico, e le sue attinenze collo stato e coll'individuo. Ne sia una prova il celebre esempio del divorzio. Le leggi che sanzionano questo istituto sono così fattamente di ordine pubblico da doversi applicare anche agli stranieri, il cui statuto personale escluderebbe il divorzio? E uno statuto personale ammettente il divorzio avrà efficacia in uno stato che lo ripudia? Ben si vede che la risposta a cotesti quesiti dipenderà dal risultato di un'analisi esatta della natura complessa dell'istituto del divorzio: analisi assai difficile come dimostra l'odierna dottrina e giurisprudenza.

150. Altra difficoltà deriva dalla poca precisione di alcune espressioni che ricorrono continuamente nella dottrina e nella legislazione. Le espressioni — *diritto pubblico*, *ordine pubblicò*, *interesse e diritto sociale*, *leggi proibitive*, *leggi assolute*, *buoni costumi* — sono adoperate ed intese in diverso senso, o in senso più o meno ampio: di qui molte controversie, e molte risoluzioni erronee che si potrebbero evitare se i giuristi si accordassero una volta sul preciso loro significato. Ond' è, che una delle nostre prime cure deve essere quella di spiegare rigorosamente il significato che noi intendiamo attribuire in questi studi alle ricordate espressioni, non potendo per ora sperare in un accordo generale degli scrittori sopra questi punti essenziali.

151. Ma la teorica dei limiti dell'estraterritorialità delle leggi presenta una difficoltà ancora più grave per la scarsità, oscurità e mancanza di fonti giuridiche positive. Poichè, disposizioni legislative intorno a cotesti limiti o mancano affatto, come avviene nei Codici stranieri, o se esistono, come quelle contenute nell'art. 12 delle Disposizioni preliminari del nostro Codice Civile, sono così vaghe e confuse che hanno bisogno di altri principi per essere precisate e comprese, come vedremo a suo luogo. Nelle altre questioni giuridiche lo studioso può sempre con utilità sicura ricorrere a quella fonte inesauribile che è il diritto romano, o alla consuetudine o alla giureprudenza. Ma nella nostra materia il diritto romano è muto; e non si trova poi una consuetudine costante, nè un'*auctoritas rerum similiter judicatarum*, perchè la natura stessa di coteste questioni, e le vicende della società internazionale hanno impedito fin qui che possano formarsi. Le diversità di paesi e di legislazioni, la diversa intelligenza e apprezzamento degli elementi che entrano in simili questioni, la difficoltà intrinseca delle questioni stesse, la poca frequenza colla quale in passato si presentavano, dovevano naturalmente produrre difformità di coscienza giuridica, e di responsi giudiziari. E sono di ciò una prova evidente i vari sistemi di diritto internazionale che si contendono tuttodì il campo, e le decisioni contradditorie dei tribunali dei vari paesi.

152. Queste osservazioni ci conducono a concludere che la ragione rimane la fonte principale delle nostre ricerche. Con ciò non vogliamo affermare che il libero ragionamento non debba tener conto delle leggi, delle

opinioni dei giureconsulti e della giureprudenza. Le leggi costituiscono una regola rigorosamente obbligatoria pel giudice, e basterebbe questo per dover essere valutate, e spiegate secondo i buoni criteri d'interpretazione da chi studia il diritto per un fine pratico, non solamente speculativo. Ma, oltre ciò, le leggi, la dottrina e la giurisprudenza rappresentano l'espressione della coscienza giuridica dell'epoca; onde serviranno sempre di criterio o di controllo ad ogni indagine scientifica. Tuttavia, per la deficienza che, abbiamo notato, delle leggi, per la mancanza di una *communis opinio*, e di un'*auctoritas rerum similiter judicatarum*, l'esame della natura dei rapporti giuridici, fatto con quella *logica del diritto* tanto raccomandata dal Pescatore [1], costituirà necessariamente, per ora, la precipua fonte di una teorica sul limite delle leggi straniere.

153. La quale condizione di cose non è forse un male, poichè permetterà uno sviluppo più libero e perfetto del diritto. Senza accettare la sentenza di coloro che condannano la codificazione in genere, è certo che, se i principi di diritto internazionale privato fossero stati fissati nei primi e più celebri codici moderni, la nostra scienza sarebbe ancora nelle fasce della teorica degli statuti. Lo stesso Codice civile italiano, compilato in un momento di avanzato sviluppo del diritto privato internazionale, non riescì a cogliere tutti i *desiderata* della scienza, ed è ora in-

(1) PESCATORE, *Logica del Diritto*, p. 326. — V. le osservazioni del LAURENT sulle fonti del Diritto internazionale privato, *leggi, consuetudini, trattati, dottrina*, ecc. (*op. c.* I, p. 74-83).

dubbiamente in ritardo. Finchè adunque la coscienza giuridica non sia completamente schiarita su questo punto fondamentale del diritto internazionale privato, finchè la scienza concorde non sia riescita a formulare delle regole precise e categoriche, è bene che i legislatori non vengano ad arrestare, con rigidi, intempestivi precetti, l'evoluzione continua del diritto [1]. Di qui la necessità che, durante questo periodo di elaborazione e di preparazione, il giurista sia principalmente guidato dalla propria ragione e dalla natura delle cose.

154. Ecco perchè noi, pur rispettando le regole positive e i responsi della giurisprudenza, questa *viva vox juris civilis*, come lo disse Marciano, intendiamo di giudicare liberamente, al lume dei principi razionali, e i precetti del legislatore e le decisioni dei magistrati. Solo a questa condizione la scienza progredisce.

Questa libertà non appartiene, di regola, al giudice: ma nella nostra materia, per quella deficienza di testi positivi che abbiamo rilevato, necessariamente esso diventa qualche cosa di più di un semplice interprete della parola della legge, come nei casi ordinari delle sue funzioni. Ma di ciò a suo luogo. Vediamo ora quale sia il metodo più acconcio per riescire nelle nostre ricerche.

155. Una delle principali cause che hanno impedita fin qui la costruzione di una teorica esatta sui limiti dell'e-

---

(1) « Qual ventura per la scienza, esclama il Gabba, che Giulio Cesare non abbia potuto anticipare l'opera di Giustiniano! » (*Prolusione al Corso di Diritto civile,* p. 21, estratta dall'*Archivio Giuridico* t. XXXIX fasc. 5-6. — Conf. anche Spencer, *L'individu contre l'état,* ch. III: Les péchés des législateurs, p. 64-115 (Paris 1885).

straterritorialità delle leggi è stata senza dubbio la pretesa di volere risolvere il problema con un solo principio generalissimo, o peggio, con una frase, con una formola, con una definizione. Ci sono materie giuridiche le quali non possono, per la loro stessa natura complessa, per la moltiplicità e variabilità dei casi che presentano, informarsi ad un solo postulato scientifico, ad un solo principio semplice e facile che basti da se a risolvere ogni possibile questione. Non è quindi a meravigliarsi se tutte le formole, messe fuori per determinare il limite dell'efficacia delle leggi straniere, abbiano prestato il fianco alla critica, e si sieno mostrate all' atto pratico insufficienti, vaghe, pericolose. Se invece di lasciarsi trascinare dall' amore di sistema a rinchiudere tutta cotesta teorica nelle formole — *del Diritto ed ordine pubblico*, *del diritto sociale*, *delle leggi assolute o proibitive* ecc. — si fosse badato meno alle parole e più alla sostanza delle cose, studiando gl' intimi caratteri e attinenze dei vari istituti di cui si vuol cercare la legge regolatrice, indagando gli scopi finali che dei medesimi può razionalmente proporsi un savio legislatore, forse a quest'ora si sarebbe riuscito a stabilire dei limiti esatti, se non a tutte, alle leggi che devono governare i principali fatti giuridici della vita internazionale.

156. Con ciò non intendiamo di escludere l' utilità speculativa e pratica di un principio fondamentale e di una formola comprensiva del sistema che si crede migliore; questa, che è una necessità logica e metodica in qualunque trattazione scientifica, diventa nel nostro argomento affatto indeclinabile. Poichè essendo molteplici e quasi infinite

le questioni che si possono presentare, ed essendo quindi impossibile di prevederle e risolvere tutte, è necessario un principio generale a cui potere ricorrere in ogni contingenza.

Ma quello che ci pare doversi evitare è il sistema di voler concentrare o trovare tutta la teorica della territorialità delle leggi in una rigida e morta formola, o in un solo principio assoluto. Anche qui possono ripetersi le auree parole che il Gabba scriveva a proposito della retroattività delle leggi: « Attesa invero quella grande variabilità di circostanze fra le quali un dato caso può presentarsi ne consegue che pochi principi molto comprensivi non possono bastare alla soluzione di tutte le questioni pratiche..... Certamente la teorica deve incominciare colla esposizione di principi generali, e questa colla esposizione di un principio supremo dal quale tutti gli altri si deducano per via di successive determinazioni; ma tutti questi principi devono essere considerati come formanti un insieme, e necessari gli uni agli altri, cosichè i più generali, presi per se soli, non prestino altro ufficio che di *porre il giureconsulto sulla via onde pervenire alla soluzione* di questa o quella quistione, soluzione che poi soltanto *principi particolari, appropriati al caso,* valgono a suggerire (1) ». Meglio di così non si potrebbe dire.

157. Noi quindi non ci diffonderemo soverchiamente sui principi generali; ma, colla scorta di questi e degli altri principi particolari, di cui parla appunto il Gabba,

(1) Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, p. 180 e 132.

porremo invece la massima cura nell'esame e nella risoluzione di tutte le più importanti questioni che riguardano i limiti delle leggi straniere e l'impero delle leggi territoriali. Così avremo seguito il consiglio di Laurent, il quale insegnò doversi esaminare la questione fino ai più minuti particolari (1), e quello della Commissione nominata dall'Istituto di Gand per proporre delle regole sui conflitti delle leggi, la quale, a proposito dei limiti di cui parliamo, dopo avere rilevata la grande difficoltà di tracciarli in un modo preciso, soggiungeva: « Votre Commission est d'avis qu'il ne faut pas s'attacher à trouver une *formule générale et sintétique, qui puisse résoudre toutes les difficultés;* qu'il faut plutôt commencer par *un travail analytique* en étudiant spécialement et successivement l'application de vos régles à toutes les matieres du droit civil, par exemple au mariage, à la puissance maritale, à la lègitimité, à l'exercice de la puissance paternelle, au divorce, à l'adoption, à la tutelle, aux pactes successoraux, aux substitutions fidecommissaires, au contrat de mariage, etc. (2) ».

158. In conformità delle suesposte considerazioni, noi tenteremo anzitutto di stabilire i principi generali e particolari di una *teorica delle leggi territoriali*; e poscia discenderemo ad applicare questi principi a tutti gl'istituti e fatti giuridici nei quali si possono verificare conflitti fra le diverse legislazioni. Ecco pertanto il disegno e la partizione del presente studio:

(1) Laurent, *op. c.* II, n 208.

(2) *Annuaire de l'Institut de Droit int.* t. III, p. 190

A

1.° Teorica generale delle leggi territoriali.

2.° Esame sintetico delle disposizioni territoriali contenute nella legislazione italiana.

B

Applicazione della teorica delle leggi territoriali al

1.° Diritto delle persone.

2.° Diritto delle cose.

3.° Diritto delle obbligazioni.

4.° Diritto di eredità.

5.° Diritto di procedura.

6.° Diritto penale.

CAPO II. — **PRINCIPI.**

L' ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.

SOMMARIO.

159. Come si debba porre il problema dei limiti delle leggi straniere. — 160. Influenza dei diversi sistemi sulla risoluzione del problema proposto. — 161. Sistema dei realisti e di Laurent. — 162. Sistemi tedeschi. — 163. Si dichiara di accettare, in massima, il sistema di Diritto internazionale della scuola italiana. — 164 Parte imperfetta di questo sistema. — 165. Punto di partenza delle nostre ricerche. Duplice funzione dello stato: funzione di fronte al cittadino. — 166. Funzione di fronte allo straniero. — 167. Conseguenze diverse di questa duplice funzione. — 168. Limite dell' azione dello stato come organo del diritto nazionale. — 169. Limite come organo del diritto universale e del diritto positivo straniero. — 170. L' ordine pubblico *interno* e l' ordine pubblico *internazionale.* — 171. Esempi di leggi di questi due ordini pubblici. — 172. Rapporti fra l' ordine pubblico interno e l'ordine pubblico internazionale. — 173. Motivi che giustificano l' adozione della formola dell' *ordine pubblico internazionale.* — 174. Avvertenza necessaria sul valore di questa formola generale.

159. Il problema che ci siamo proposti di studiare si può porre in questi termini: Dato, come è ormai ammesso da tutti, che, *ex debito justitiae*, alcune leggi estendano la loro efficacia anche extra territorium statuentis, quale è il limite di cotesta espansione o estraterritorialità? O, in altre parole, quali sono le leggi rigorosamente territoriali, cioè escludenti ogni contraria legge straniera?

Oggidì la questione suprema del diritto internazionale privato può dirsi consista tutta in cotesto problema: poichè ormai, nella scienza e nella giureprudenza, si è d' accordo nei punti principali; ma non si è ancora riuscito, malgrado gl'incessanti tentativi, a stabilire con precisione i limiti imposti, in certi casi, alla estraterritorialità delle leggi straniere da certe leggi locali *prevalenti*, che si dicono appunto territoriali. La determinazione rigorosa di questi limiti, dal Savigny, al Laurent, al Bar al Westlake, fu ritenuta la parte più difficile del diritto internazionale privato. Ed è veramente tale, come in genere ogni questione di limite, perchè dipende dalla logica combinazione e coordinazione di vari elementi diversamente intesi ed apprezzati dai vari popoli, ed anche dai diversi sistemi di diritto internazionale che vengono professati.

160. Per non parlare ora che dell' influenza esercitata su questa ricerca dai sistemi scientifici, che si contendono oggidì il campo, è naturale che cotesto limite abbia estensione e carattere diverso p. e. nella dottrina dei realisti, e in quella di Savigny e del Laurent.

161. Diffatti, se coi realisti s' incomincia a ritenere a priori che, per regola, le leggi sono tutte territoriali,

naturalmente si devono considerare come eccezioni, e quindi restringere per numero ed estensione, quelle leggi a cui pure viene concessa, in virtù della *comitas*, l'estraterritorialità. Se invece, col Laurent, si parte dal principio opposto, che tutte le leggi sono di loro natura personali, e che solamente quando offendono l'ordine pubblico degli altri stati non sono applicabili extra territorium statuentis, si giunge ad un risultato diametralmente contrario: vale a dire, che (malgrado la contraria affermazione del Laurent) si classificano come eccezioni le leggi territoriali o di ordine pubblico, e come regole le leggi personali, estendendo, di conseguenza, l'impero di queste ultime.

162. Se poi, con Savigny e con altri scrittori tedeschi, si studiano i rapporti di diritto, obbiettivamente, nei loro elementi costitutivi, per localizzarli nello spazio e trovare la legge regolatrice competente, o secondo la loro sede, o secondo il luogo dove divennero esistenti, prescindendo da ogni relazione delle leggi stesse colla sovranità e coi titolari dei diritti, si è necessariamente obbligati a rintracciare il limite di certe leggi, che sarebbero estraterritoriali secondo i canoni del sistema, in motivi od ostacoli affatto estrinseci alla natura di cotesti rapporti di diritto, e aventi quindi il carattere di vere e proprie eccezioni, non già al principio della personalità o della territorialità delle leggi, ma al principio sistematico adottato da cotesti scrittori. Sono intuitive le differenze di risultati teorici e pratici che derivano, anche a riguardo del nostro argomento, da questi diversi punti di vista del problema generale del diritto privato internazionale. È inutile quindi che ci fermiamo a spiegarle.

163. Ma anche noi dobbiamo pure adottare un sistema come base e guida delle ricerche speciali che intendiamo di fare in questi studi. Sul quale argomento, non potendo nè volendo escogitarne dei nuovi, ci pare non si possa, in massima, e salvi alcuni necessari sviluppi e correzioni, non accogliere quello della scuola italiana, iniziata dal Mancini e completata dagli altri giuristi che in questi ultimi tempi si sono dedicati agli studi del diritto internazionale. Questo sistema è troppo noto perchè abbia bisogno di nuove esposizioni, tanto più che ne abbiamo dato più sopra un largo riassunto (n. 103-114).

Le critiche mosse contro il medesimo da tante parti (1), lungi dallo sminuirne il carattere altamente scien-

(1) V. principalmente Wharton, *op. c.* n. 104ª, 104ᵇ, e nota 1.ª, p. 153-156. — Strisower, *Wiener Gerichtshalle*, a. 1881 n. 20-26. — Bar, *Journal de Droit int. privé*, 1887. p. 268 e seg. — Brusa, nelle dottissime *Note* alle Lezioni di *Casanova*, t. II, p. 353-356. — Fusinato, *opere citate.*

Molti si sono attaccati alle parole *nazione, nazionalità*, adoperate dal Mancini e dal codice civile, per combattere il sistema della scuola italiana, qualificandolo inattuabile e assurdo, stante il fatto che molte nazioni non sono stati, e, viceversa, molti stati non sono nazionali. Ma fu un inutile esercizio di polemica, poichè, fin dall' epoca della compilazione del nostro codice civile, Mancini ebbe a togliere ogni possibile equivoco su tali espressioni. « Certamente, egli dichiarò, al dì d'oggi dicendo *nazione* dobbiamo intendere per nazione un aggregato di persone formate a *Stato.* » (*Processi verbali della Commissione per la coordinazione* ecc. del codice civile, p. 623). E tutti gli scrittori italiani hanno adoperate, in materia di diritto privato internazionale, queste espressioni nel senso di *stato* e *statualità.*

tifico, e dall' infirmarne le eque e liberali applicazioni, hanno posto in maggior luce la sua eccellenza sovra le altre dottrine antiche e moderne. Esso si è imposto ai legislatori, ha trionfato nell' Istituto di Diritto internazionale, domina oramai nella dottrina francese, e va penetrando più o meno palesamente dovunque. Coloro stessi, che hanno più vivacemente criticati gli elementi fondamentali della teorica italiana, hanno finito per accettarne tutte, o quasi, le applicazioni.

164. Il lato debole di questo sistema, come di tutti gli altri, è quello appunto che riguarda i limiti dell'efficacia delle leggi straniere. In questo punto si è realmente dimostrato anch'esso poco preciso e insufficiente a risolvere le questioni all'atto pratico. Ma cotesto difetto, di precisione più che di verità sostanziale, può essere ridotto ai minimi termini, se non tolto addirittura, ove si tenga conto dei più seri lavori critici usciti in Italia e fuori in questi ultimi tempi, e ove si svolgano fino alle ultime conseguenze e nei più minuti particolari i germi fecondi onde esso è pieno: ciò che tenteremo di fare nel presente studio.

165. Ritornando ora al nostro problema, vediamo come si possa procedere alla ricerca della sua soluzione, cioè alla determinazione dei limiti delle leggi straniere.

Il diritto moderno pubblico e privato, interno ed internazionale riposa sopra questo principio fondamentale: il rispetto della personalità umana. Quindi, tanto nei rapporti fra stato e cittadini quanto in quelli fra stato e stranieri, si presenta il problema dei limiti dell' azione dello stato verso l' individuo considerato nelle accennate

due condizioni di *cittadino* e di *straniero*. Se nonchè, variando nei due casi accennati i termini dei rapporti, devono variar anche le soluzioni del problema stesso, malgrado la stretta analogia delle due questioni.

Diffatti, la funzione dello stato verso i propri cittadini è affatto diversa da quella che deve esercitare verso tutti gli altri membri della grande famiglia umana. Lo stato, come dice il Bluntschli (1) « è la persona del popolo di un determinato paese, organizzato politicamente ». Esso quindi, con assoluta, esclusiva competenza, formola in precetti obbligatori il diritto pubblico e privato, e stabilisce la sfera d'azione dell'ente collettivo, e di ciascuno dei suoi membri. Anche qui il campo d'azione dello stato e del cittadino, i limiti del diritto pubblico e del diritto privato possono e sono effettivamente determinati in modo diverso secondo i principi sociologici dominanti nei vari tempi e luoghi intorno a cotesti due elementi sociali. La storia insegna la varie fasi che ha subito questo fenomeno del diritto. Il diritto pubblico e il diritto privato si trovano confusi in Grecia, presso i popoli germani e nel medio-evo; mentre si distinguono sapientemente in Roma, e si tornano oggi a dividere in modo sempre più razionale, chiaro e reciso. Ma questa separazione si fa con criteri diversi; il che produce, di necessità, diversi risultati. Dove infatti lo stato viene pensato come *fine* a se stesso, si tende ad allargare l'azione della sovranità, la cerchia del diritto pubblico, e a restringere l'autonomia dell'individuo, il diritto privato: per converso, dove lo stato è ritenuto un semplice

(1) Bluntschli, *Diritto pubblico universale*, vol. I, p. 33, (trad. Trono, Napoli 1875).

mezzo, una *macchina di aiuto*, come dice Romagnosi [1], allo sviluppo dell'individuo, ivi vengono naturalmente invertite le parti. Le costituzioni politiche, gli ordinamenti amministrativi, i codici di ciascuno stato rispecchiano queste diverse maniere di concepire l'indole e gli scopi degli umani consorzi. Ma, malgrado queste oscillazioni, anche nel diritto interno, vi è un limite che lo stato non può oltrepassare senza venire meno al suo stesso scopo: esso non può offendere l'umana personalità, violare la sua libertà inoffensiva [2].

Conciliare quindi i diritti dell'individuo cittadino, socio, con quelli del corpo sociale è il compito del Diritto interno degli stati.

166. La cosa cangia di aspetto quando si consideri lo stato non più nel rispetto dei propri membri, ma nel rispetto dei membri di altri stati: in questo caso trovansi di fronte, non già un individuo e una società, ma due società eguali, o meglio due leggi di società eguali. E diciamo due leggi o due società eguali, perché, volendo rispettare la personalità dello straniero, devesi rispettare quale è effettivamente, vale a dire, circondata dal suo diritto privato e dalle leggi che questo diritto governano. È grave errore, ripetuto tuttodì, il ritenere che il diritto internazionale privato abbia per soggetto l'uomo, non il cittadino di un determinato stato; poichè l'uomo, come diceva De Maistre, non esiste, di regola, senza una nazionalità, senza un

(1) Romagnosi, *Assunto primo del Diritto naturale,* § 18 e 30.

(2) Conf. Spencer, *op. c.* ch. IV: *La grande superstition politique,* p. 116-158.

vincolo che lo leghi ad una patria. Per rispettare l'*uomo* straniero non sarebbe affatto necessario di riconoscere le leggi straniere: basterebbe applicargli le leggi dettate pei cittadini. Egli è che si deve rispettare *il cittadino straniero*, se è lecita questa frase: perchè dietro allo straniero sta la sua patria, il suo diritto nazionale in modo inseparabile. Il principio moderno della parificazione dello straniero al cittadino non si potrebbe attuare, se non si ammettesse l'uguaglianza tra la legge straniera e la legge nazionale, come hanno già osservato Savigny (1) e Laurent (2).

167. Ciò ammesso, si vede subito che, in questa seconda ipotesi, gli stati hanno minore libertà di apprezzamento e d'ingerenza nei rapporti giuridici privati: poichè si tratta in questo caso, non già di conciliare i diritti della sovranità con quelli dell'individuo, ma di conciliare e coordinare leggi che hanno lo stesso legittimo titolo di esistenza. Si può, come osserva il Brocher (3), negare al cittadino, ciò che non si può ragionevolmente negare alla legge straniera, che emana da una sovranità eguale.

168. Considerato pertanto lo stato sotto questo duplice punto di vista, esso ci si presenta e come organo del diritto spettante ai propri membri, e come organo del diritto umano spettante a tutti i membri dell'umanità. Nel primo caso è l'espressione della comune volontà dei soci: la sua competenza legislativa è quindi esclusiva sui propri membri e sul proprio territorio, e la sua azione

(1) Savigny, *op. c.* t. VIII, p. 28-29.

(2) Laurent, *Avant-Projet de révision du Code civ.* t. I, p. 24.

(3) Brocher, *Revue de Droit int.*, 1881, p. 566,

è positiva e negativa: protezione del diritto, e svolgimento delle potenze naturali del popolo. I limiti di cotesta azione sono quelli che abbiamo già indicati, o, se vuolsi, quelli posti da Romagnosi: necessità d'intervento, efficacia d'intervento nelle faccende dei cittadini, salvo l'inviolato esercizio della comune libertà [1].

169. Nel secondo caso invece ciascheduno stato non è che un individuo, un membro della grande società o meglio *federazione* degli stati, della civitas maxima, detta dal Bluntschli — umanità organizzata, o stato universale [2]. — Sotto questo riguardo, ogni stato è organo non solo del diritto naturale comune a tutti gli uomini, anteriore e superiore alle leggi positive, inviolabile dovunque e sotto ogni podestà; ma è organo veramente dello stesso *diritto positivo particolare ai singoli stati* per tutti quei fatti giuridici d'indole privata, che per opera di stranieri vengono a svolgersi nel proprio territorio. Qui la sua competenza legislativa è limitata dalla potiore competenza degli altri stati a cui si rannodano, per la loro intima natura, quei fatti giuridici:

(1) Veggasi la formola generale delle leggi secondo ROMAGNOSI: « Tutto considerato, si trova che la formola generale delle leggi civili, regolatrici gli atti privati riducesi alla seguente: *pareggiare coll' autorità pubblica fra i privati l' utilità mediante l' inviolato esercizio della comune libertà.* Tutte le leggi civili statuenti sul diritto dipendono da questa regola, e tutte debbono ritornare a lei. Aprite un codice, leggete: se voi non potete ridurre la legge che avete sott' occhio a questa formola, dite francamente che la legge è cattiva o che le circostanze di quel tal popolo sono bene infelici. » (*Assunto primo del diritto naturale*, § XXXII).

(2) BLUNTSCHLI, *op. c.* vol. I, p. 39.

e qui la sua azione è piuttosto negativa che positiva, perchè consiste nel rispetto e nella garanzia del diritto dello straniero, mediante l'applicazione delle leggi naturalmente regolatrici di cotesto diritto: unico limite di tale rispetto e garanzia, la necessità della propria esistenza e del proprio perfezionamento.

In questa necessità dell' esistenza e del perfezionamento di ciascheduno stato, considerato di fronte alle leggi degli altri stati, consiste appunto il limite dell' estraterritorialità delle leggi. E poichè si può applicare al diritto dello stato la definizione del diritto individuale data dall'Ahrens: « il complesso delle condizioni dipendenti dalla volontà umana necessarie allo sviluppo dell'uomo (dello. stato » [1], si può dare anche questa ulteriore determinazione e formola del nostro principio: una legge straniera non avrà efficacia nel nostro territorio tutte le volte che la sua applicazione potrà far mancare una condizione necessaria allo sviluppo del nostro stato.

170. Di qui la differenza di estensione, se non di natura, delle leggi dette di ordine pubblico interno, da quelle che il Brocher chiama di *ordine pubblico internazionale*.

Le prime s'impongono in modo assoluto solamente ai cittadini: le seconde ai cittadini e agli stranieri.

171. Dopo quello che abbiamo di sopra esposto, si comprende facilmente come l' ordine pubblico che s' impone come limite alle leggi straniere debba fondarsi sopra motivi gravissimi, e debba quindi essere meno ampio del-

---

(1) AHRENS, *Corso di Diritto naturale*, t. I, p. 61, (trad. De Castro).

l'ordine pubblico interno che costituisce il limite dell'autonomia dei privati cittadini.

Le leggi regolatrici dello stato personale e molte leggi successorie sono da tutti i codici considerate di ordine pubblico interno, a cui i privati non possono giammai derogare, tanto nel proprio territorio che fuori i confini del medesimo. Così un cittadino italiano, sia nel nostro paese che fuori, non potrà esser maggiore che a 21 anni, nè escludere con un testamento i diritti dei legittimari secondo le prescrizioni del nostro Codice civile. Invece uno straniero sarà maggiore di età, prima o dopo gli anni ventuno, e potrà essere o non essere obbligato a lasciare una riserva a certe determinate persone a seconda delle regole stabilite dalla sua legge nazionale.

Ma tanto i cittadini che gli stranieri non potranno in Italia stipulare o far valere convenzioni contrarie ai buoni costumi, istituire fidecomessi, e in generale, fare atti o contratti che offendano l'esistenza o il perfezionamento del nostro stato, benchè fossero ammessi dalle leggi straniere competenti a regolare simili fatti giuridici. Questi diritti supremi dello stato costituiscono un limite assoluto ad ogni atto o legge che potesse offenderli.

172. Dunque ci sono evidentemente due categorie di ordini pubblici: l'ordine pubblico interno, e l'ordine pubblico internazionale: o meglio, questo non è che una suddivisione di quello. Poichè le leggi di ordine pubblico internazionale, cioè che costituiscono un limite all'espansione delle leggi straniere, sono naturalmente anche di ordine pubblico interno, cioè obbligatorie pei cittadini. Ma non tutte le leggi di ordine pubblico interno, hanno efficacia

di arrestare l' estraterritorialità delle leggi straniere, e sono obbligatorie per gli stranieri [1]. Di più, molte leggi di ordine pubblico interno sono di loro natura estraterritoriali, accompagnano i cittadini dovunque: mentre quelle di ordine pubblico internazionale sono essenzialmente territoriali.

173. L' espressione di ordine pubblico, dal Bar, al Wharton, al Westlake, al Laurent, al Fusinato, è stata, come abbiamo già accennato, oggetto delle più acerbe critiche. Veramente un' espressione che fu adoperata e lodata da Romagnosi non deve poi essere così meritevole di ostracismo [2]. Tuttavia le censure sono giuste, quando si usi questa frase nel Diritto internazionale privato, senza altra aggiunta, per significare tutte quelle leggi che hanno forza di respingere l'autorità delle leggi straniere. È evidente infatti l'equivoco in cui si può cadere, confondendo i due ordini pubblici di cui abbiamo discorso: e non è quindi da approvarsi l' esempio del Mancini e del Codice civile italiano, che appunto non fanno la dovuta distinzione.

Ma questa espressione, coll' aggiunta del Brocher, ci pare una terminologia che meriti di essere adottata per più ragioni [3].

Prima, per la sua intrinseca proprietà, poichè dicendo

(1) Confr. Weiss, *Traité élémentaire de Droit int. privé*, p. 518.

(2) Romagnosi, *op. c.* § 1991-1997: *Diritto Amministrativo* § XI. Egli dà all' ordine pubblico un significato più ristretto, limitandolo alle « discipline che affettano un atto libero di ragione privata », e distinguendolo dal *Diritto pubblico,* che comanda o vieta in modo assoluto.

(3) Brocher, *Nouveau Traitè de Droit. int. privé,* p. 367.

ordine pubblico internazionale, intendiamo subito un complesso di regole o di principi risguardanti le relazioni fra stato e stato o fra legge e legge, e non fra la sovranità e i propri sudditi. Poi, perchè, malgrado le critiche fatte, nessuno è riuscito a trovare una espressione migliore. Infine, perchè l'espressione di ordine pubblico, benchè nel suo più ampio significato, è così radicata nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza, che sarebbe impossibile sostituirla senza pericolo di produrre maggiore confusione. È quindi miglior partito mantenere questo concetto fondamentale, aggiungendovi una parola che lo determini e lo specifichi, secondo la natura appunto della nostra particolare disciplina.

Ecco perchè preferiamo questa terminologia a quella del Laurent e di altri, benchè, in fondo, si equivalgano. Noi pertanto l' adottiamo nel presente lavoro, e speriamo che divenga di uso generale.

174. Se nonchè ripetiamo, ancora una volta, che una frase, o una formola non basta a risolvere il problema che ci siamo proposti di studiare. Quando si è detto che le leggi di ordine pubblico internazionale servono di limite all' espansione di leggi straniere, non si è certamente detto, come fu osservato, quali sieno queste leggi, e con quali criteri si possano riconoscere. No: non si è fatto che offrire una norma direttiva allo studioso e al magistrato, che darne un concetto generale, che ha bisogno di essere precisato con altri criteri e principi più particolari, appropriati ai singoli istituti e rapporti di diritto che cadono in controversia [1].

---

(1) Vedi sopra n. 156, 157.

Noi dunque, prima di discendere alle applicazioni concrete di questo principio generale, dobbiamo fare una analisi completa de' suoi elementi costitutivi; analisi che ci porrà in grado di determinare appunto quei principi e quei criteri più particolari e specifici necessari alla soluzione delle singole questioni.

CAPO III. — ANALISI DELL'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.

SOMMARIO.

175. Abbiamo distinto l'ordine pubblico interno dall'ordine pubblico internazionale, ed abbiamo dimostrato che solamente quest' ultimo costituisce il vero limite scientifico dell' estraterritorialità delle leggi. L' ordine pubblico internazionale pertanto è il complesso delle leggi rigorosamente territoriali e ripulsive delle leggi straniere. Ma quali sono coteste leggi? Se noi continuassimo a volerle determinare con criteri, definizioni e principi generali, non riusciremmo giammai nell'intento e meriteremmo le censure, già mosse ad altri, di costruire una teorica, vaga, elastica, pericolosa. Bisogna dunque cangiar metodo. Noi pensiamo che l' analisi minuta di tutti gli elementi rinchiusi nel principio generale ora enunciato ci porrà in grado di precisare rigorosamente quali sono

coteste leggi territoriali. Tale analisi, mettendo in evidenza gli elementi comuni e gli elementi particolari a ciascuno dei due ordini pubblici, dissiperà quella confusione fra queste due categorie di leggi, che ha formato finora il principale ostacolo alla formazione di una teorica esatta sui limiti delle leggi straniere.

176. Indagando accuratamente i diversi elementi, onde risulta l'ordine pubblico internazionale, noi vediamo che questo abbraccia le seguenti leggi:

1.° Leggi di Diritto pubblico in senso tecnico,

2.° Leggi penali, di polizia, di procedura penale,

3.° Leggi di diritto privato, ma risguardanti l'interesse generale dello stato,

4.° Leggi tutrici dei buoni costumi,

5.° Leggi proibitive.

Esaminiamo ad uno ad uno questi diversi elementi.

§ 1. — *Leggi di Diritto pubblico in senso tecnico.*

SOMMARIO.

177. Leggi comprese dal Diritto pubblico in senso tecnico. — 178. Tali leggi sono rigorosamente territoriali.

177. L'odierna nozione di diritto pubblico non corrisponde esattamente al *jus publicum* dei romani, « *quod ad statum rei romanae spectat* », e che Ulpiano faceva consistere « *in sacris*, *in sacerdotibus*, *in magistratibus* [1] ». Sono noti i vari significati che questa espressione aveva in Roma. Essa significava, ora le leggi costituzionali e penali, ora il jus feciale, ora certi diritti e privilegi politici, ora alcune espresse concessioni della legge, ora le regole di diritto privato introdotte per ragione di pubblica utilità e alle quali non si poteva derogare, ora altri rapporti giuridici che è inutile ricordare [2].

---

(1) L. 1, § 2, D. (I, 1).

(2) Glück, *Comm. alle Pandette,* lib. I, tit. 13 (vol. I, p. 73 della trad. di *Ferrini*): Savigny, *op. c.* vol. I, § 16, p. 55.

Oggidì diritto pubblico in senso tecnico è quello che ha per oggetto diretto lo stato, come manifestazione organica del popolo, e comprende le leggi costituzionali, politiche e amministrative. Crediamo inutile di fare una enumerazione delle molte leggi che rientrano in queste tre categorie, perchè tutte coteste leggi hanno caratteri così spiccati che tolgono ogni possibilità di equivoco.

178. Ora il diritto pubblico, così inteso, è l'espressione del carattere individuale e della vita autonoma di ciascheduna nazione, ed è assolutamente intangibile tanto dai cittadini che dagli stranieri. Nessun dubbio adunque che le leggi componenti questo diritto formino un elemento comune dell'ordine pubblico interno ed esterno, e che sieno dotate del duplice carattere, di non oltrepassare i confini dello stato che le ha dettate, e di costituire un limite insormontabile ad ogni legge straniera di simile natura.

§ 2. — *Leggi penali, di polizia, di procedura penale.*

SOMMARIO.

179. Le leggi penali sono, per principio, territoriali. — 180. Eccezioni a questo principio. — 181. Immunità dei sovrani e agenti diplomatici. — 182. Punizione di reati commessi all'estero. — 183. Leggi di polizia — quali sieno. — 184. Se queste disposizioni obblighino gli stranieri. — 185. Diverse opinioni in proposito. — 186. Leggi di procedura penale.

179. Anche queste leggi sono comuni all'ordine pubblico interno ed esterno.

Lo stato ha il dovere di conservare se stesso, di garantire i legittimi diritti dei privati e di reprimerne le violazioni. A ciò provvedono appunto coteste leggi.

Che le leggi penali, propriamente dette, obblighino tutti coloro che si trovano nel territorio dello stato, senza distinzione di nazionalità, è troppo evidente e necessario perchè abbia bisogno di essere dimostrato. Ciò fu sempre ammesso, tranne sotto l' impero di qualche legislazione

barbarica. La legge penale, dice il Pessina, considerata dal punto di vista del luogo abbraccia indistintamente tutti gl'individui che si trovano nel territorio dello stato, o che sieno nazionali o che sieno stranieri; ed in generale è chiamato a punire un reato lo stato nel cui territorio il reato si è perpetrato. Il principio giuridico del territorio è fondato sul principio di nazionalità, nel senso che ogni stato nazionale, è, nei confini del suo territorio, organo dell'attuazione della giustizia. L'efficacia della legge penale si stende sovra taluni fatti, non attendendosi alla qualità di nazionale o di straniero, ma solo al luogo dove il reato è avvenuto (locus criminis patrati) (1).

180. Questo principio della territorialità della legge penale non è assoluto. Benchè la scienza si trovi divisa in opposte opinioni, le legislazioni e la pratica vigenti fanno, in generale, due eccezioni: 1.ª restringendo l'impero della legge penale sul territorio a favore di determinate persone; 2.ª allargandone l'efficacia sopra reati commessi fuori del territorio.

181. *a)* La moderna civiltà, che ha proclamata, contro gli antichi privilegi, l'impersonalità e l'eguaglianza per tutti della legge penale, ha lasciato sussistere alcune eccezioni, qualcuna delle quali non del tutto giustificabile, derivanti da considerazioni di diritto pubblico interno e di diritto internazionale. Lasciando stare quelle di diritto interno, riguardanti il capo dello stato e altri membri dei vari poteri pubblici, è ammessa dal Diritto internazionale l'*immunità* dei sovrani stranieri e degli agenti

(1) Pessina, *Elementi di Diritto penale*, § 13, p. 102 (ed. 5.ª).

diplomatici. Non essendo qui il luogo di discutere questo uso del diritto delle genti, nè di farne specificate applicazioni, ci limitiamo a constatarlo dal nostro punto di vista; cioè, osserviamo che, in questo caso, un principio universale del diritto del genti riceverà applicazione nel territorio di uno stato, malgrado l'indole rigorosamente territoriale della legge penale locale ([1]).

182. *b)* Malgrado la territorialità della legge penale quasi tutti gli stati puniscono reati compiuti fuori del territorio in due casi: 1.° quando cotesti reati offendono la sicurezza o la condizione economica dello stato stesso, sieno nazionali o stranieri i colpevoli: 2.° quando trattasi di reati commessi da nazionali o a danno di nazionali. Naturalmente l'applicazione di questi principi è subordinata a certe condizioni. Così, se l'autore del reato contro lo stato è uno straniero, sarà necessario che sia arrestato nel territorio dello stato o consegnato da altro stato. E negli altri casi, la legge nazionale del suddito o dell'offeso non sarà applicata che in mancanza del giudizio e della pena del luogo del commesso reato, sicchè, come dice Pessina, questa ha il carattere di una giustizia supplementare ([2]).

---

(1) Conf. Fiore, *Digesto italiano,* v. Agenti Diplomatici. — Esperson, *Diritto Diplomatico,* t. I, n. 206-252. — Carnazza Amari, *Trattato sul Diritto int. pubblico,* p. 587 e seg.

(2) Pessina, op. c. § 13-21. — Clunet, *De l'effet extra-territorial de la loi pénal,* nel Journal de Droit int. privé, t. XIV, p. 385 e seg. — V. i principi stabiliti in proposito dall' *Istituto di Diritto internazionale* nell' *Annuaire de l'Institut,* t. III, p. 281, e t. IV, p. 152; e gli art. 4-8 del *Progetto di codice penale italiano.*

183. Per leggi di polizia, intesa questa parola nel suo più ampio significato, vuolsi denotare non solo le leggi, propriamente dette, aventi per oggetto la protezione della sicurezza e della proprietà delle persone, la tutela dell'igiene, della moralità e della tranquillità pubblica, ma ben anco le ordinanze, i decreti, i regolamenti, le disposizioni in genere che le autorità competenti hanno diritto di emanare sulle stesse materie in virtù della legge. Così p. e. in forza dell'art. 87 della legge comunale, e 67 del relativo regolamento i nostri comuni possono emettere dei regolamenti sull'uso dei beni comunali, sull'igiene, sull'edilità, sulla polizia urbana e rurale, e sopra altre materie d'interesse locale. Queste e simili disposizioni, derivando la loro autorità dalla legge che le permette, devono, di regola, avere la stessa efficacia [1].

184. Tuttavia si è sempre sollevata la quistione se cotesti regolamenti locali obblighino anche lo straniero che possa provare di averli ignorati. Le opinioni degli autori sono divise. Certuni applicano a queste prescrizioni il principio generale che l'ignoranza della legge non iscusa alcuno, in virtù della presunzione juris et de jure che tutti devono conoscere la legge, sieno cittadini o stra-

(1) In Italia non si può movere senza urtare in un qualche regolamento. Possono fare regolamenti il Re, i Ministri, i Prefetti, i Consigli Provinciali e Comunali, e persino altre autorità minori, come i Comitati forestali! Contro questo eccessivo *potere regolamentare,* che spesso oscura o uccide le leggi, e diminuisce le pubbliche e private libertà, hanno levata la voce autorevole il MALGARINI (*Della Libertà Civile* p. 68-76, Bologna, 1884; e il BONASI, nella *Rivista Italiana*, 1886, p, 185 e seg.

nieri. Altri, invocando l'equità, inclinano ad esonerare lo straniero che si fosse trovato nell'impossibilità di conoscere tali ordinamenti locali.

La quistione è antichissima e la troviamo discussa e risolta nei commentatori e negli statutari. I commentatori quasi tutti si propongono la questione: « an et quando statutum civitatis liget extraneos », e, in materia di contravvenzioni e delitti rispondono quasi unanimi colla nota distinzione delle trasgressioni in se illecite e punite dal diritto comune, da quelle punite solamente dagli statuti locali. L'ignoranza scolpava lo straniero nel secondo caso, non nel primo [1].

Boullennois ricorda la consuetudine, per la quale gli stranieri avevano sei settimane di tempo per istruirsi dei regolamenti locali di polizia, dopo la quale epoca solamente, potevano essere ritenuti obbligati alla osservanza dei medesimi. Lo stesso autore poi, d'accordo con Dumoulin, ammette che la fissazione del tempo necessario a creare questa presunzione di notorietà dovrebbe essere lasciata alla prudenza del giudice [2].

185. Noi dubitiamo che l'esposta dottrina si possa conciliare colla prescrizione generale ed assoluta dell'art. 11 delle disposizioni preliminari del Codice civile italiano, copiata dall' art. 3 del Codice Napoleone, e che suona così: « Le leggi penali, di polizia e di sicurezza pubblica obbligano tutti coloro che si trovano nel territorio del regno ». Non sappiamo concepire, di fronte a tale dispo-

(1) V. sopra l'opinione di Bartolo e di altri, n. 49 e 53.

(2) Boullennois, *op. c.* t. I, p. 160.

sizione così recisa, in base a quali principi giuridici il giudice potrà ammettere la scriminazione dello straniero, o del regnicolo (essendo identico il caso) che pure dimostrino concludentemente la loro ignoranza. Eppure la dottrina e la giurisprudenza, anche sotto l' impero della citata disposizione generale e violando indubbiamente la lettera della medesima, ammisero la scusa non dell'ignoranza o della buona fede, irrefragabilmente escluse dalle parole della legge, ma di una specie di forza maggiore, derivante dall' impossibilità di conoscere la disposizione locale [1]. Vi fu anche chi sostenne doversi intendere la legge in questo senso « che obbliga quando si conosce, e nel senso che si può *costringere chiunque ad osservarla*, non nel senso che si abbia a punire chi infrange un diritto che non conosce, e che non si può sempre ragionevolmente prevedere [2] ».

Parlando de lege ferenda crediamo anche noi che gli stranieri non abbiano l' obbligo di conoscere tutte le ordinanze particolari ai singoli Comuni o Provincie di un paese, massime quando si tratti di regole eccezionali, e lontane dalle prescrizioni più universalmente note in simili materie: e crediamo quindi ingiusta la pretesa di volere punire le trasgressioni derivate da completa igno-

---

(1) DEMOLOMBE, *Droit Civil*, t. I. n. 73. — DALLOZ, voc. *Lois*, n. 449. — BIANCHI, *op. c.* t. I, n. 152, p. 231. — FIORE, *Diritto Civile italiano*, I, n. 483. — ESPERSON, *Le Droit int. privé dans la legisl.* etc. n. 22, p. 15.

(2) SALA, *Rinnovamento dei buoni studi in Italia*, p. 235, nota (Torino 1870).

ranza della medesima. Ond'è che, per evitare che i giudici, o offendano la legge per rispettare l' equità, o calpestino questa per obbedire a quella, dovrebbero i legislatori correggere l' accennata disposizione, aggiungendo che, quando per specialità dei regolamenti o per specialità della persona, la infrazione avvenga per ignoranza della loro esistenza, i Tribunali, secondo la circostanza del fatto, possano assolvere il trasgressore [1].

186. Le leggi di procedura penale fanno parte integrante delle leggi penali, e rivestono quindi lo stesso carattere.

---

(1) Sala, *op. e loc. c.*

§ 3. — *Leggi di Diritto privato, ma di interesse pubblico.*

SOMMARIO.

187. Enunciazione e difficoltà di questo argomento. — 188. Posizione della questione. — 189. Insufficienza dei criteri fin qui proposti per risolvere cotesta questione. — 190. La distinzione di Savigny in leggi assolute e leggi supplettive. — 191. La distinzione fra le leggi di ordine pubblico e di ordine privato. — 192. Insufficienza anche di questa classificazione. — 193. Criterio di Filomusi-Guelfi. — 194. Principio proposto dall'autore. — 195. Rapporti giuridici ai quali si applica principalmente cotesto principio. — 196. Libertà individuale. — Ordinamento della famiglia. — Ordinamento dei beni. — 197. Il diritto dei terzi. — 198. Natura ed effetti di questo diritto. — 199. Leggi di procedura.

187. Le leggi descritte nei due paragrafi precedenti hanno per obbietto immediato la personalità dello stato, costituiscono il diritto pubblico in senso lato di ciascun popolo, e sono di loro natura evidentemente territoriali. Ma, a canto di queste, esiste una vasta categoria di disposizioni legislative le quali, pure avendo per obbietto

rapporti di diritto privato, tendono a tutelare anche interessi generali, o come suol dirsi, di ordine pubblico.

È qui dove sorgono controversie infinite e difficilissime, stante la natura mista di ordine pubblico e privato propria di simili leggi, e stante la difficoltà di tracciare, in molti casi, i veri confini che separano le une dalle altre.

Ed è qui dove troviamo profondamente differenziarsi l' ordine pubblico interno dall' ordine pubblico internazionale. Poichè, mentre tutte indistintamente coteste leggi d' interesse generale fanno parte dell' ordine pubblico interno, solo alcune entrano nell'ordine pubblico internazionale; e, per conseguenza, mentre tutte sono in modo assoluto obbligatorie pei cittadini, solamente alcune obbligano gli stranieri.

Fu la confusione o l'imperfetta percezione di questi due ordini di leggi di diritto privato, aventi così diversa sfera di efficacia, che impedì alla dottrina del Mancini e degli altri più rinomati autori di raggiungere quella precisione scientifica sui limiti dell' estraterritorialità delle leggi alla cui ricerca si affatica la scienza contemporanea.

E siccome in questo punto consiste principalmente il nodo del problema del diritto privato internazionale che ci siamo accinti a studiare, così dobbiamo tentare di chiarire nel miglior modo possibile i concetti che sul medesimo ci siamo formati.

188. La questione va posta nei seguenti termini: Dato che nel dominio del diritto privato esistano regole giuridiche aventi per iscopo l'interesse o il bene gene-

rale di un popolo, quali di queste norme obbligano egualmente cittadini e stranieri (ordine pubblico internazionale) e quali obbligano solamente i cittadini (ordine pubblico interno)?

189. Per dare una risposta esatta non basta ricorrere ai soliti criteri dell'utilità e dell'interesse generale, coi quali si sogliono caratterizzare come di ordine pubblico talune leggi di diritto privato: ma conviene esaminare se cotesta utilità o interesse pubblico, che basta ad imporsi alla volontà del cittadino, sia di tale entità, sia così essenziale alla vita dello stato da imporsi anche alle leggi straniere, escludendole. Ciò posto, si vede subito che le note distinzioni del diritto romano — *jus pubblicum e jus privatum*, *jus commune e jus singulare* — invocate anche oggidì; le distinzioni del Savigny — *leggi assolute* e *leggi suppletive;* — e quelle di molti altri — *leggi di ordine pubblico e leggi di ordine privato* — queste distinzioni, diciamo, se possono servire di ausilio, sono affatto insufficienti a risolvere la proposta questione. La ragione è evidente: cotesti concetti e formole valgono, in generale, pel diritto interno di ciascheduno stato; ma sono quasi estranee al diritto internazionale.

Così, non ci apprende nulla la dottrina romana che estendeva il jus pubblicum anche a regole di diritto privato, alle quali per ragione d'interesse generale (publica utilitas, necessitas, boni mores) il privato non poteva derogare, perchè i romani non si proposero neppure il nostro problema, e non poterono pensare che a questioni di diritto civile interno. Medesimamente non ha relazione col nostro argomento la teorica del jus singulare e del jus

commune, che il Pescatore ([1]) ha tentato di trasportare nel diritto internazionale privato, poichè essa riguarda specialmente le regole d' interpretazione, e anch'essa agisce nella sfera del diritto interno.

189. Maggiore attinenza col nostro argomento ha senza dubbio l' insegnamento di Savigny sulle leggi assolute e le leggi suppletive. Chiamo assolute o imperative, dice Savigny, quelle regole che comandano in modo necessario ed invariabile senza lasciar posto alle volontà individuali: chiamo al contrario suppletive quelle che lasciano un campo libero alle volontà individuali, e solamente, quando queste non si sono date cura di spiegarsi, si presenta la regola per determinare il rapporto di diritto, supplendo così l' espressione incompleta delle volontà individuali ([2]).

Questa distinzione, che ha pur radice nel diritto romano, fu riconosciuta dallo stesso Savigny insufficiente a risolvere le questioni dei limiti delle leggi, quantunque non sia senza influenza, perchè una legge d'indole suppletiva, non sarà mai di ordine pubblico internazionale. Ma sarebbe un errore, osserva Savigny medesimo, lo attribuire a tutte le leggi assolute un carattere talmente positivo e obbligatorio da costituire un limite all' espansione delle leggi straniere. Così la legge sul cominciamento della prescrizione è una legge assoluta, e

(1) Pescatore, *Logica del diritto*, cap. VI e XVII.

(2) Savigny, *op. c.* vol. I, § 16, p. 54. — Confr. Bar, *op. c.* p. 109. Egli chiama con frase energica la legge assoluta « *Gesetz von streng positiv zwingender Natur* ».

tuttavia si applica fuori dei limiti dello stato che l'ha emanata.

Non si può negare che questo criterio di Savigny, integrato dall'altro proposto dello stesso autore sullo scopo privato o pubblico delle leggi ([1]), sia quanto di meglio fu finora tentato per risolvere l'arduo problema.

Ma anche questa teorica non distingue nettamente, nè offre criterio alcuno per distinguerlo, l'interesse generale e le leggi assolute che s'impongono ai cittadini e agli stranieri, dall'interesse e dalle leggi che s'impongono solamente alla volontà dei regnicoli. Poichè, giova ancora ripeterlo, non ogni interesse generale sia politico, sia economico, sia morale, non ogni legge assoluta basta ad escludere le leggi straniere. Ora questo criterio manca affatto nella dottrina del Savigny: il che la rende assai vaga. Poichè, applicandola rigorosamente, si potrebbe arrivare a considere territoriali tutte quelle regole di diritto che non hanno per iscopo solamente l'interesse dell'individuo, ma anche un qualsiasi interesse generale. E siccome tutte le leggi di diritto privato, hanno, in definitiva, per movente l'interesse generale dei soci, ne verrebbe una estensione enorme delle leggi territoriali, contrariamente alla intenzione dello stesso Savigny.

190. Dicemmo che neppure la distinzione delle leggi private in leggi di ordine pubblico e privato, secondo i criteri dei giuristi moderni, è sufficiente a risolvere la nostra questione. Udiamo questa distinzione dal Bianchi, che l'ha esposta assai lucidamente.

---

(1) V. sopra n. 85.

Egli osserva che, fra le leggi di diritto privato, alcune non solo pel loro oggetto ma anche pel loro scopo e pel risultamento degli effetti derivanti dalla loro applicazione concernono unicamente l' interesse dei privati, i cui rapporti intendono regolare. Queste si dicono di *ordine privato*, ed è lecito a coloro nel cui interesse sono stabilite, di derogarvi per convenzione o per disposizione, poichè ciascuno può sempre rinunciare ad un benefizio introdotto per suo particolare vantaggio.

Altre leggi invece sebbene in ragione del loro oggetto appartengano al *diritto privato*, pure pel fine a cui sono dirette, per gli effetti risultanti dalla loro applicazione, si attengono all' interesse generale, e si dicono perciò di *ordine pubblico*: ed a queste è evidente non potersi mai derogare colle convenzioni o disposizioni private. Avverte infine il Bianchi che ad evitare gli abusi nei quali non è difficile incorrere nel classificare le leggi fra quelle di ordine pubblico importa di osservare: che tutte le leggi concorrono a questo scopo ultimo dell'ordine generale, poichè intendono a governare ogni interesse ed ogni relazione sociale, ed hanno inoltre tutte un carattere pubblico in ciò, che ognuno che vi sia interessato può approfittare delle loro disposizioni. Ma leggi di ordine pubblico, nel senso di cui ora parliamo, non possono considerarsi fuorchè quelle che, sebbene abbiano per oggetto i rapporti giuridici privati, si propongono però un *fine speciale e immediato*, che riguardi all'ordine stesso della società, alla sua costituzione, al suo organismo (1).

---

(1) BIANCHI FRANCESCO, *Corso elementare di Codice civile italiano*, vol. I, n. 18 e 20, p. 15-19.

191. Cotesti criteri, giustissimi ed utilissimi per risolvere questioni di diritto interno p. e, intorno alla derogabilità o meno, intorno alla retroattività di certe disposizioni, non bastano per risolvere quelle di diritto internazionale; poichè, come si è già dimostrato più volte, non tutte le leggi che vincolano in modo assoluto la libertà dei cittadini potrebbero ragionevolmente vincolare quella degli stranieri. Non sarebbe quindi esatto l'affermare che tutte le leggi di diritto privato che riguardano l' ordine sociale, e a cui i regnicoli non possono derogare, sieno territoriali e ripulsive delle leggi straniere. Basta ricordare l'esempio delle leggi regolatrici dello stato personale per persuadersene. Queste leggi sono da tutti considerate di ordine pubblico; e nondimeno tutti sono d'accordo nel ritenere che hanno efficacia estraterritoriale e che non obbligano gli stranieri.

Adunque è forza concludere che neppure cotesti criteri, adottati in sostanza insieme al Bianchi dal Pacifici Mazzoni (1) e dagli altri principali civilisti, bastano a tracciare i limiti fra le leggi territoriali e le estraterritoriali. Ma, evidentemente, possono recare qualche sussidio alla soluzione della questione, poichè è chiaro che non potrà mai formare un limite all' espansione di una legge straniera una regola giuridica, che non abbia il carattere di ordine pubblico; per la qual cosa gioverà sempre il sapere se una data legge rivesta o no questo carattere nei rapporti interni, prima di ricercarne il suo vero valore nei rapporti internazionali.

(1) Pacifici Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile,* vol. I, p. 328, e vol. II, p. 312.

192. Il Filomusi Guelfi si è messo nella vera strada per raggiungere la verità, ma non è pervenuto fino alla meta. Egli, dopo avere riconosciuto, colla comune dottrina, che le leggi di diritto privato aventi carattere di ordine pubblico sono quelle che si riferiscono ad un pubblico interesse (publica utilitas), e che alle medesime non possono i privati derogare, dichiara che questo criterio dell' ordine pubblico riguarda specialmente i cittadini, e che un altro criterio debbe essere scelto per vedere quale è il limite dell'applicabilità delle leggi straniere. E quale é questo criterio? Il Filomusi-Guelfi non è troppo esplicito: pare che ammetta varie *specie*, vari *gradi* di ordine pubblico, e che escluda l' applicazione della legge straniera, a seconda che nei singoli casi ricorra « tale grado di ordine pubblico che richieda l' assoluta imperiosità della legge territoriale ». Ma come si riconoscono questi diversi gradi di ordine pubblico? « Le definizioni sono pericolose, egli dice, e io rinuncio al tentativo di classificare i vari gradi nel concetto stesso dell' ordine pubblico, per quel che riguarda il limite dell'applicabilità di una legge straniera ». Così il Filomusi-Guelfi si arresto proprio quando era mestieri procedere innanzi nella ricerca, fino a saperci indicare i segni, i caratteri che distinguono cotesti gradi di ordine pubblico, e quali gradi s' impongano allo straniero, quali al cittadino solamente. Poichè non si può giungere a questo risultato col precetto che l'illustre autore soggiunge di « ricercare se, secondo il *contenuto* del rapporto, secondo lo *scopo* di esso l'interesse pubblico, o l'ordinamento pubblico dell'istituto reclama l'assoluto imperio della legge territoriale; ed in altri termini,

se questo rispetto ad un dato precetto o divieto sia una legge assolutamente cogente, che non ammette nessuna eccezione, nemmeno rispetto agli stranieri ». Poichè, così facendo, si rimane sempre in un circolo vizioso, in una continua petizione di principio. Che una legge assolutamente cogente obblighi cittadini e stranieri tutti sappiamo oramai: quello che si cerca invece è, quali sono, come si riconoscono coteste leggi: e questo non apprendiamo dall' insegnamento di Filomusi-Guelfi (1).

Tuttavia, come abbiamo notato, il ragionamento del Filomusi-Guelfi parte da un principio giusto, dall'esistenza cioè di due specie o gradi di ordine pubblico; dal quale principio l' acuta mente dell' autore avrebbe potuto trarre precise e feconde applicazioni pel nostro tema, se avesse continuato a svolgerlo come aveva incominciato.

193. Volendo tentare di scoprire un criterio più immediato e meno vago per riconoscere, fra le leggi di diritto privato, quelle di ordine pubblico internazionale, conviene anzitutto seguire il metodo del Filomusi-Guelfi; indagare cioè il *contenuto* e lo *scopo* di ciascun rapporto giuridico in questione, non la forma o l' attinenza esteriori o il titolo del medesimo. Poichè, come osserva anche il Gabba, la natura di un diritto non deriva dall'origine o dal titolo da cui esso proviene, nè dalle persone pubbliche o private fra le quali intercede, ma dall' essenza degl' intimi caratteri suoi, manifestantisi in chicchessia e contro chicchessia, e per ragione di qualunque specie

(1) Filomusi-Guelfi, *Il diritto del divorzio degli stranieri in Italia*, Nota nel *Foro Italiano*, 1884, p. 586-7.

di atti e fatti, leciti od illeciti, unilaterali, o bilaterali, pubblici o privati [1]. Nè questa indagine deve limitarsi al solo rapporto giuridico, obbiettivamente considerato, ma, quando trattasi de lege lata, devesi estendere alla norma positiva regolatrice del medesimo, e più precisamente allo *scopo* propostosi dal legislatore. Questo canone trovasi espressamente scritto nel Codice sassone. Il §' 19 delle disposizioni generali dice: « Non debbonsi applicare le leggi straniere se la loro applicazione è esclusa da una prescrizione della legge dello Stato, o dallo *scopo* della stessa ».

Ciò posto, il criterio che può distinguere se una regola giuridica di diritto privato è di ordine pubblico interno, o internazionale non è altro che la relazione di condizionalità che la stessa regola ha colla esistenza e collo sviluppo dello stato. Se, adottando una certa disposizione di una legge straniera, potesse mancare una condizione essenziale all' esistenza e perfezionamento dello stato, questo stato avrebbe diritto di respingere simile legge. Ma se così grave effetto non potesse derivare dall' applicazione di una legge straniera, per quanto questa si allontanasse dalla legge nazionale e dalla coscienza giuridica dominante nei cittadini, lo stato non potrebbe ragionevolmente proscriverla. Le ragioni le abbiamo adotte altrove [3] e non vogliamo ripeterci.

Il legislatore adunque deve mirare a questo solo

(1) GABBA, *Prolusione al corso di Diritto civile*, nell' Archivio giuridico, vol. XXXIX, p. 521-31.

(2) V. sopra n. 159-174.

scopo quando formola le regole limitanti l'efficacia delle leggi straniere: l' interprete deve ricercare in ciascheduna prescrizione positiva il vero scopo del legislatore: la scienza deve fornire all' uno e all'altro i criteri più sicuri per compiere la rispettiva missione.

194. A chiarire meglio questo punto del nostro studio gioverà accennare qui subito, ciò che troverà ampio svolgimento nella parte speciale, i principali motivi pei quali un rapporto giuridico d' indole privata può essere considerato di ordine pubblico internazionale secondo i criteri suesposti. Tralasciando le ragioni di moralità *(buoni costumi)*, e quelle derivanti da un espresso divieto del legislatore *(leggi proibitive)*, di cui ci occuperemo, per la loro speciale importanza, in paragrafi speciali, benchè sieno spesso comuni anche al paragrafo presente, noi possiamo ora segnalare come motivi di prescrizioni di ordine pubblico internazionale la libertà individuale, l'ordinamento delle famiglie, il diritto dei terzi, l' organamento della proprietà, l' amministrazione della giustizia civile.

195. Ciaschedun popolo si è formato un concetto assoluto dell' umana libertà, e non può permettere che nessuna legge straniera deroghi a certi principi ritenuti fondamentali del civile consorzio. Quindi la morte civile, le incapacità derivanti da certe condizioni religiose, la servitù e gli altri istituti, in genere, che non rispettano la personalità umana, non sarebbero riconosciuti nel nostro stato, e in generale oramai in nessuno stato civile.

Quanto agli ordinamenti domestici troviamo, anche nei paesi più, culti differenze dottrinali e legislative profonde

circa i principali istituti, come il divorzio, la ricerca di paternità, l'obbligo degli alimenti, le successioni ecc., e riesce spesso difficile il valutare l' importanza locale di queste differenze. Tuttavia, applicando i principi che abbiamo stabilito, si riescirà a determinare quando ciascheduno istituto sia giudicato in ciascun paese essenziale alla sua esistenza e perfezionamento, e quando tale non sia. Nei paesi civili p. e. si potrà dubitare da alcuni sulla moralità del divorzio, ma è certo che ripugnerà a tutti la poligamia e la poliandria.

Tutti gli stati considerano un elemento essenziale della pubblica prosperità l'ordinamento generale dei beni. Di qui le molte prescrizioni e limitazioni circa il diritto di proprietà, motivate non solamente da ragioni di diritto pubblico, come l'igiene, la sicurezza, la prosperità pubblica, ma ben anco da ragioni di diritto privato nei casi in cui trovasi in giuoco l' interesse generale. Lasciando quindi da parte le regole del diritto amministrativo riguardanti la proprietà, sulle quali non può cader dubbio alcuno, rientrano nell'ordine pubblico internazionale tutte le norme giuridiche relative al possesso, a certe servitù legali, alla prescrizione acquisitiva, all' accessione, occupazione ecc.

196. Il *diritto dei terzi*, parola quasi nuova, ha un gran significato nei tempi moderni, dice il Pisanelli [1]: essa significa il sentimento della comunanza civile, il diritto della società. Tutti i legislatori si occupano di questo diritto e consacrano molte regole per tutelarlo.

---

(1) Pisanelli, *Discorso alla Camera dei Deputati*, seduta del 14 Febbraio 1863.

Il Laurent, nel suo progetto di Codice civile Belga, lo ha considerato dal punto di vista internazionale, ed ha proposto le seguenti regole:

Art. 15. L' étranger qui contracte en Belgique doit déclarer son statut personèl et, s' il y a lieu, l'incapacitè dont il est frappè. S'il ne fait point cette déclaration, les tiers qui traitent avec lui pourront demander l'application du statut belge; pourvu qu' ils soient dė bonne foi.

Quand les parties dressent en Belgique un acte authentique de leurs conventions, le notaire devrà, sous sa responsabilitè, exiger qu' elles declarent si elles sont étrangères et quel est leur statut.

Art. 24. Les formalités prescrites dans l'interêt des tiers, pour la translation de la propriété ou de droits personnels et réels, sont régies par la loi territoriale (1).

197. Come è facile vedere, le regole proposte dal Laurent hanno per motivo l'interesse generale collettivo dei cittadini di uno stato, non l'interesse particolare che possa avere un singolo cittadino in confronto di uno straniero. La distinzione è importantissima, perchè ci fa evitare l' errore della dottrina anglo-americana ed anche francese, per la quale non si riconosce nè la legge personale, nè quella del contratto tutte le volte che leda l' interesse degl' indigeni che hanno rapporti con uno straniero. Nel primo caso trattasi veramente di una condizione essenziale alla sicurezza delle contrattazioni e dei negozi privati in genere; onde lo stato ha diritto d'im-

---

(1) Laurent, *Avant Projet,* I, p. 70, 145, 147: *Droit civil. int.* I, p. 82, 174, 182, 349, 454, e VIII, p. 120.

porre a tutti quelle regole che ritiene indispensabili alla tutela di questi diritti fondamentali. Nel secondo, invece, non è in gioco che il vantaggio di un privato, e sarebbe assurdo di subordinare il diritto all'interesse variabile di un solo o di pochi. Noi ritorneremo sopra questo punto segnatamente quando parleremo della capacità e incapacità personale, intorno alla quale predomina presso gli anglo-americani la dottrina dell'interesse; ci basti qui di avere accennato come il diritto dei terzi, quando rivesta un carattere di generalità e di grave importanza, sia un motivo legittimo di ordine pubblico internazionale. Il diritto dei terzi si fa sentire specialmente nelle forme di pubblicità stabilite per certi atti ed istituti. Così le iscrizioni ipotecarie, le trascrizioni degli atti traslativi di proprietà immobiliare, di quelli stipulanti locazioni ultranovenal ecc., sono di ordine pubblico internazionale.

198. Infine, le forme di procedura civile, i modi di prova e di esecuzione degli atti e delle sentenze straniere, benchè abbiano per oggetto immediato l'utilità dei privati, toccano, pel loro scopo e per le loro conseguenze, l'ordine generale di ciascheduno stato, onde tutti concordano nel riconoscere alle leggi relative a questi istituti il carattere della territorialità [1].

(1) Art. 10 Disp. prel. del Codice civile italiano.

§ 4. — *Leggi tutelari dei buoni costumi.*

SOMMARIO.

199. Necessità delle leggi tutelari dei buoni costumi. — 200. Che siano i buoni costumi. Variabilità del temperamento morale. — 201. Quali leggi regolatrici dei buoni costumi sieno di ordine pubblico internazionale. — 202. Fonti da cui devonsi desumere i criteri intorno ai buoni costumi. Opinioni di Filomusi-Guelfi. — 203. Insegnamenti del Pescatore e del Laurent. — 204. La dottrina del Laurent non può servire che al legislatore. — 205. Frode internazionale. — 206. Difficoltà di scoprirla. — 207. Restrizioni necessarie dei principi stabiliti in questa materia. — Rinvio.

199. La moralità, benchè sia distinta dal diritto, costituisce la base fondamentale dell' esistenza e progresso di ogni società civile [1]: onde tutti i legislatori negarono

---

(1) « Juris praecepta sunt haec: *honeste vivere,* alterum non laedere, suum cuique tribuere » (L. 10, § 1. D. (I 1). Sull'*unità* e *distinzione* fra Morale e diritto, conf. specialmente THOMASIUS, *Fundamenta juris naturae et gentium.* — TRENDELENBURG, *Naturrecht auf dem grunde der ethik,* § 1-51 (Leipzig, 1868). — MAMIANI E MANCINI, *Lettere.*

efficacia agli atti contrari ai *buoni costumi*. E siccome non vi può essere sullo stesso territorio una morale pel cittadino ed una per lo straniero, ne consegue che le leggi riguardanti i buoni costumi sono indubbiamente comuni all' ordine pubblico interno e all'ordine pubblico internazionale. Ma, se questo principio è chiaro e semplicissimo in teoria, altrettanto non lo è nelle applicazioni ai casi concreti.

200. Che cosa sono i buoni costumi? Con quali criteri e da quali fonti ne attingeremo la nozione precisa? La risposta a queste domande, ardua nelle questioni di diritto interno, riesce difficilissima in quelle di diritto internazionale privato, nelle quali si trovano spesso in conflitto i costumi diversi dei vari paesi. I legislatori moderni hanno tradotto letteralmente l' espressione romana — *boni mores* — senza spiegare cosa intendono significare con queste parole. Ora non potendo soccorrerci che scarsamente il diritto romano, stante il profondo cangiamento avvenuto nelle idee sociali e morali, dove troveremo noi questa spiegazione?

Costumi, dicono presso a poco tutti i Dizionari, significano « inclinazioni, abitudini naturali o acquisite ». Buoni costumi quindi vorranno significare « buone inclinazioni, buone abitudini naturali o acquisite ». È dunque l' idea del bene quella che informa questo concetto. Ed il bene che è? Se lo domandiamo ai filosofi, ai moralisti, ai teologi, noi avremo le più disparate risposte secondo i tempi, i luoghi, i sistemi filosofici e religiosi. In effetto, le idee di bene e di morale, cangiano anch' esse storicamente, e sono diversamente apprese dai diversi popoli

contemporanei. Da ciò la varietà di *temperamento morale* dei popoli, come si esprime Romagnosi, secondo l' *età* del loro incivilimento, e secondo la loro *posizione geografica* [1]. Ciò che un tempo fu considerato virtù, divenne in seguito un delitto punito dalle leggi: e viceversa, fu stimato lecito ciò che in altri tempi era criminoso. Gli esempi abbondano. Ma lasciando i tempi andati, noi vediamo oggidì questi curiosi fenomeni nell' apprezzamento delle leggi morali. Fino all'anno 1884 il divorzio era in Francia considerato un atto immorale: dopo quell' epoca è divenuto lecitissimo. Presso di noi il divorzio è vietato, ma è ammesso da quasi tutti gli altri paesi: noi diciamo immorale la dissolubilità del matri-

---

(1) Romagnosi, *Assunto primo* ecc. § XIV: «... Salva l'unità del carattere morale umano, esse (le idee morali, le affezioni virtuose) possono soggiacere, come effettivamente soggiacciono, a diverse *varietà*, nate dai *tempi* o dai *luoghi* e dall' *indole* particolarmente predominante dei governi e delle opinioni. Fu già osservato che il *temperamento morale* di uno stesso popolo deve variare secondo l' età del suo incivilimento.... Una seconda causa di differenza, nasce dalla diversa posizione dirò così, *geografica*. Ognuno comprende tosto che un paese nel quale la fantasia sia più animata, la sensibilità più irritabile, le affezioni più calde, deve presentare una grande varietà morale paragonandolo ad un paese, il quale racchiuda contrarie condizioni. Ognuno sa che lo stato morale della specie umana è *fondato* sullo stato fisico e *atteggiato* dal suo stato fisico, benchè venga *diretto* da un ordine di ragione: come vi sono condizioni fisiche irreformabili ed indelebili dalla potenza umana, così vi sono caratteri irreformabili ed indelebili morali di una data popolazione, benchè all' indigrosso le condizioni del temperamento morale sieno simili da per tutto... ».

monio; gli altri paesi civili come noi o più, dicono immorale l' indissolubilità, quando manca il consenso degli sposi. La ricerca di paternità, la legittimazione per susseguente matrimonio, il matrimonio dell' adultera divorziata col complice, e cento altri istituti, sono contemporaneamente, qui ammessi, là proscritti sempre in nome della morale e dei buoni costumi.

Questo fatto storico basta a dimostrarci che, se ci sono alcune idee morali fondamentali del genere umano che possono considerarsi come universali ed immutabili, la maggior parte delle regole morali non sono assolute, ma variano da popolo a popolo e si trasformano e perfezionano perennemente sotto l' azione incessante del progresso.

201. Ciò posto, è forza ammettere il canone, che nessun popolo, come diceva il Dupin, deve aver la pretesa di possedere il monopolio della morale e di imporre le sue leggi agli stranieri, come se fossero l'espressione della verità eterna (1). Tuttavia, di fronte a questo principio, sta l' altro principio che ogni paese ha il diritto di custodire da ogni offesa di atti e leggi straniere quelle idee morali che dominano nel suo territorio. La conciliazione di questi due canoni ci viene data appunto dall'applicazione del criterio generale che abbiamo stabilito

(1) Lo stesso concetto trovasi in Romagnosi: « Da ciò (dalla varietà del temperamento morale) lice dedurre quanto male si ragionerebbe in linea di diritto quando si volessero assumere i dettami di fatto dei diversi popoli come dogmi di ragion naturale ». (*Op. e loc. c.*)

per riconoscere le leggi di ordine pubblico internazionale: e cioè, che per escludere un atto o una legge straniera non basta che essi sieno in opposizione a qualunque regola di buon costume, ma devono essere contrarii a qualcuno di quei principi morali che sono ritenuti essenziali allo sviluppo e al perfezionamento dello stato.

Senza questa restrizione, imposta dai più elevati e legittimi interessi di ciaschedun popolo, si cadrebbe nell'eccesso di respingere moltissimi atti e leggi straniere solamente perchè non sono conformi a tutte le nostre idee morali, anche alle più discutibili e alle meno importanti. Tolleranza e indulgenza reciproca, esclama il Laurent; questo è il solo mezzo di realizzare la comunione del diritto fre le nazioni [1].

202. Ma in che consistono propriamente i buoni costumi, e con quale criterio si debbono giudicare nei singoli casi? Secondo il Pescatore, questa locuzione comprende non solo i precetti assoluti ed immutabili della legge morale, ma ancora i buoni costumi civili, che sono quelli i quali esprimono essenzialmente la civiltà di un'epoca, e che non si possono pubblicamente contradire senza incorrere l'animadversione e la derisione generale [2]. Pel Filomusi-Guelfi è contrario ai buoni costumi « tuttociò che provoca un giudizio di disapprovazione nella coscienza sociale, tuttociò che offende un sentimento morale che ha le sue radici in un istituto sociale, e che ha una natura ed essenza etica, uno scopo etico, e che,

(1) Laurent, *op. c.* VIII, n, 108.

(2) Pescatore, *Giornale delle Leggi,* an. 1874, p. 369.

come tale è riconosciuto ed organizzato nella legislazione [1] ».

Noi accettiamo quest' ultimo concetto, ma colla restrizione che abbiamo fatto nel numero precedente, restrizione voluta dalla natura stessa del diritto internazionale privato.

203. Quanto alla fonte dalla quale si può desumere il concetto dei buoni costumi, parci che non possa bastare l' animadversione e la derisione generale, come dice il Pescatore, nè la coscienza umana, come sostiene il Laurent [2]. L'animadversione o la derisione generale, non è, in sostanza, che la pubblica opinione sopra un determinato fatto. Ora, come farà il giudice a raccogliere questo variabilissimo sentimento popolare; e come deciderà egli quando lo trovi diviso in diversi partiti? Nelle stesse o in più gravi difficoltà porremo il magistrato, se vorremo che consulti, secondo il Laurent, la coscienza umana. L'illustre giurista afferma che vi è in ciascun'epoca della vita dell'umanità una dottrina sulla morale che la coscienza generale accetta, salvo delle dissidenze individuali che non contano punto; e insegna che « vi deve essere accordo fra le nazioni civili sulla moralità od immoralità di un istituto perchè una legge sia territoriale; chè se vi è disaccordo, non si può più dire che la legge ha un carattere certo di realtà [3] ». Ora, questa dottrina è as-

---

(1) Filomusi-Guelfi, *Foro italiano*, an. 1885, p. 590.

(2) Laurent, *op. c.* VIII, n. 108, p. 168: e *Principes*, I, n. 56.

(3) Laurent, *op. e loc. c.*

Come abbiamo visto di sopra (n. 144 e 147), la formola del-

solutamente inamissibile. Prima di tutto, perchè non esiste, nei casi più dubbiosi, cioè in quelli in cui cadono di solito le questioni pratiche, questa uniformità di coscienza internazionale; tanto è ciò vero, che le questioni sorgono appunto per la mancanza di cotesto sentimento morale uniforme: in secondo luogo, perchè, quand'anche esistesse, non potrebbe servire di norma che al legislatore, non al giudice, il quale deve decidere secondo le leggi, del suo paese. Il giudice evidentemente non può ispirare le sue decisioni nè all'aura popolare, nè ad ideali filosofici, nè ad una astratta coscienza universale: egli è legato dalle leggi positive della sua patria, e perciò deve avere riguardo, come dice il Filomusi-Guelfi, unicamente alla speciale coscienza etica del suo paese, così e come

---

l' Istituto di diritto internazionale e quella della Commissione per la revisione del Codice belga non indicano neppure i *buoni costumi* come un ostacolo all' applicazione della legge straniera. Anche l' articolo 941 n. 4 del nostro codice di procedura civile, nell' enumerare i requisiti necessari alle sentenze estere per essere eseguite nel regno, non parla dei buoni costumi come fa l' articolo 12 delle disposizioni preliminari al codice civile.

La commissione belga giustifica questa ommissione col riflesso che « *il parait difficile d' admettre qu' une loi étrangère puisse être supçonnèe de* favoriser les mauvais moeurs ». Veramente, se i rapporti internazionali si limitassero agli stati civili, tale clausola, se non sarebbe odiosa, sarebbe per lo meno inutile; ma, avuto riguardo alle condizioni sociali e legislative di certi paesi, che pure tengono relazioni con noi, può ancora essere necessaria. A meno che i buoni costumi non si comprendano, come fanno molti, nella formola dell' *ordine pubblico* o dell' *interesse sociale.*

è concretata in ogni singolo istituto dal legislatore. Fuori di questo criterio, non c' è che l'arbitrio.

204. Il concetto del Laurent è giusto, quando si limiti all' ufficio del legislatore. Crediamo anche noi, che nessuno stato abbia la privativa della moralità, massime oggidì che la diffusione universale dell' istruzione e la facilità delle comunicazioni hanno reso possibile una quasi eguaglianza di cultura e di educazione presso tutti i principali popoli civili del mondo. Crediamo anche noi che un savio legislatore dovrebbe negare l'autorità delle leggi straniere solamente nei casi in cui offendessero costumi ritenuti *buoni* ed essenziali dal consenso illuminato delle Nazioni.

Il legislatore dovrebbe attenersi a quella *morale ragionata* di cui parla Romagnosi. Il grande filosofo avvertiva gli scrittori di diffidare del senso morale *di fatto* delle società diverse, e insegnava di ricorrere a un *modello di ragione:* « Nella stessa maniera, egli diceva, che havvi una logica ragionata, havvi pur anche una morale ragionata; e siccome la logica ragionata dir si potrebbe la logica naturale perfezionata, così dir si può che la morale ragionata sia il *senso morale naturale perfezionato* (1) ».

Onde, se si faranno nuovi codici, o si stipuleranno trattati su questa materia, si dovranno seguire cotesti ottimi insegnamenti. Ma l' interprete non è legislatore, e non può diventarlo senza abusare del suo ufficio.

205. Le regole che abbiamo poste fin qui riguardano

---

(1) Romagnosi, *op. e loc. c.*.

l'ipotesi che si tratti di atti o di leggi stranieri che offendano i buoni costumi, la morale dello stato in cui si vogliono far valere. Ma che devesi dire nel caso inverso, quando cioè si trattasse di fatti giuridici che fossero leciti nel luogo dove si vogliono eseguire, ma offendessero le leggi e i buoni costumi di altri stati? Ricordiamo gli esempi più noti e comuni, come i contratti aventi per oggetto il contrabbando all' estero, i cangiamenti maliziosi di domicilio per sottrarsi all' impero della legge nazionale o del domicilio precedente onde acquistare capacità e diritti da questa negati, la formazione di atti e contratti in paesi esteri per evitare le prescrizioni delle leggi della patria e del domicilio. Supposto che si domandi il riconoscimento di questi fatti giuridici o delle loro conseguenze in uno Stato, le cùi leggi non vengono offese, parebbe che il giudice, se dovesse badare unicamente all' interesse del suo paese, non potrebbe negare ai medesimi la protezione della lex fori. E alcuni scrittori e giudicati seguono questa opinione. Ma la maggior parte dei giuristi vede in tali fatti un'offesa alla morale internazionale o una fraus legis che li vizia radicalmente, e sostiene che sono nulli dovunque.

206. A noi pare che gli atti diretti a violare una legge straniera, e le frodi maliziose per eludere le medesime, siono in se stesse azioni riprovevoli e riprovate dal senso morale di tutti i popoli, e che la solidarietà delle nazioni, la comunità del diritto esigano imperiosamente che nessuno stato aiuti a danno dell'altro a commettere questi atti disonesti. Poichè il rispetto delle leggi, che è il fondamento degli stati, non sarà sicuro e completo

se non quando si sarà certi che in nessun angolo della terra, la frode e l'inganno troveranno mai accoglienza e sanzione giuridica. Certamente, per ciò che riguarda la frode, non è facile constatarla, dovendosi tener calcolo della intenzione delle parti, elemento che sfugge spesso ad ogni giudizio umano. Gabba riferisce e loda la definizione del giudice Penzance, che dice esistere la frode ogni qual volta il suddito di uno stato ricorre ad uno stato straniero « nel solo intento di chiamare in proprio aiuto i tribunali di questo stato ». Ci pare un criterio troppo vago, e pericoloso. L'adire un tribunale straniero, anche nella sola intenzione di cercare il proprio aiuto, non è sempre un'offesa delle leggi degli altri stati. L'essenza della frode, comunque essa si manifesti, sta nella mala fede nella quale si pongono certi atti per eludere o violare le leggi. È impossibile dare delle regole generali per riconoscerla; ma non mancano criteri particolari ai singoli casi, come dimostra la giurisprudenza di tutti i paesi, e come vedremo in seguito.

207. Noi dunque accettiamo, in massima, il parere di coloro che ritengono nulli gli atti della natura sopradescritta: ma dobbiamo fare molte riserve ed eccezioni volute dalle specialità dei singoli casi. Per non ripeterci, quindi, rinviamo ogni discussione sull'importante argogomento all' esame che man mano faremo dei vari istituti giuridici (1).

---

(1) Confr. sull'argomento, HUBERUS, *op. c.* § 13. — VOET, *op. c.* § 14. MASSÈ, *Droit commercial,* t. I, n. 568. — STORY, *op. c.* § 106, 123, 245, 297. — BÄR, *Das int. Privat-und Strafrecht,* § 35, 67, e

nota 8.ª, p. 247. — LAURENT, *Droit civ. int.*, II, n. 294, 301: VIII, 114, 124. — GABBA, *Questioni di Diritto civile*, p. 207, 212. — FIORE, *Diritto internazionale privato*, n. 283, 286 (ed. 2.). — BROCHER, *Nouveau Traité de Droit int. privé*, n. 145, 148. — WHARTON, *op. c.* § 487, 689 e seg.

§ 5. *Leggi proibitive.*

SOMMARIO.

209. Natura delle leggi proibitive. — 210. La teoria delle leggi proibitive presenta tre questioni principali. — 211. Indifferenza della forma affermativa o negativa. — 212. Effetti delle leggi proibitive. — 213. Criteri per decidere quando importino nullità. — 214. Leggi proibitive di ordine pubblico internazionale. Dottrina del Fiore. — 215. Tale dottrina non sembra abbastanza chiara. — 216. Criteri adottati dall'autore. Esempi pratici.

209. Sono note le discussioni dei romanisti e dei civilisti sulla distinzione del diritto in jus permissivum e jus cogens, e sulla suddivisione di quest' ultimo in jus praeceptivum e jus proibitivum; distinzioni desunte dalla massima romana: « legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire ». Checchè debba giudicarsi di codesta classificazione, a cui il Savigny e molti altri negano ogni valore scientifico, è certo che vi sono alcune leggi, le quali vietano che un dato rapporto giuridico possa essere

validamente costituito [1]. Tali divieti sono frequenti in tutte le legislazioni. Così, per limitarsi alla nostra, il codice civile proibisce a coloro che furono ammessi nel possesso temporaneo di alienare i beni dell'assente senza l'autorizzazione giudiziale (art. 29), alla moglie di alienare, donare, ipotecare i beni immobili senza il consenso del marito (art. 134); vieta l'adozione del figlio nato fuori del matrimonio (art. 205), il riconoscimento dei figli adulterini o incestuosi (art. 180), la ricerca della paternità (art. 190), le locazioni d'immobili per la durata di oltre trent'anni (art. 1571), i patti successori (art. 1460, 954, 1380), il cangiamento delle convenzioni nuziali dopo il matrimonio (art. 1385), la vendita della cosa altrui (art. 1459), la rinuncia alla prescrizione (art. 2107), le condizioni immorali o impossibili nei contratti, nelle donazioni, nei testamenti (art. 849, 1177, 1160, 1161) e moltissimi altri atti e fatti che qui sarebbe inutile di enumerare.

210. La teorica delle leggi proibitive presenta parecchie questioni. Anzitutto, deve dirsi legge proibitiva solamente quella che è concepita nelle forme di un divieto, di una proibizione, oppure anche quella che ha la forma semplicemente imperativa? Le leggi proibitive hanno tutte per effetto la nullità degli atti vietati? E quelle che im-

---

(1) Glück, *op. c.* vol. I, p. 75-77. — Savigny, *op. c.* vol I, § XVI, p. 56. — F. Mommsen, *op. e loc. c.* — Fiore, *Diritto civile italiano,* vol. I, parte 2ª, p. 491. — Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. I, p. 154. — Bianchi, *Corso elem. di diritto civile,* vol. I, n. 24.

portano effettivamente cotesta nullità, sono tutte di ordine pubblico internazionale, sono cioè obbligatorie anche per gli stranieri, e ripulsive di ogni atto e legge esteri contrari? Esaminiamo brevemente queste questioni.

211. Il Savigny [1], e con lui, tutti i più illustri giuristi hanno dimostrato che la forma affermativa o negativa adoperata dal legislatore è indifferente. Troviamo infatti molte disposizioni espresse in forma imperativa che si risolvono in una proibizione. Quando il legislatore, p. e., ingiunge di scrivere e sottoscrivere la polizza privata, o almeno di apporvi un *buono* o *approvato* oltre la firma (art. 1325 cod. civ.), quando stabilisce che i contratti di matrimonio *devono* essere stipulati per atto pubblico e prima del matrimonio (art. 1382), quando descrive le varie formalità essenziali alla validità dei testamenti (art. 775, 778, 777, 779, ecc.), esso effettivamente viene a proibire alle parti di agire in modo diverso. Bisogna dunque badare alla sostanza, non alla forma delle disposizioni legislative, poichè, in fatto, ogni proibizione equivale ad un comando, ed ogni comando ad una proibizione [2]. L'espressione di leggi proibitive, se si limita a significare solamente quei precetti legislativi emanati in forma di divieto, non è esatta e merita la censura a cui fu fatta segno da molti giuristi. Essa deve quindi

---

(1) SAVIGNY, *op. e loc. cit.* — LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. I, n. 58-68: e *Droit civil int.*, vol. II. n. 203-204, e vol. VIII, n. 105-107.

(2) UNGER, *Sistema del diritto privato generale austriaco*, p. 49-50 (trad. italiana, Zara, 1877).

comprendere tutte quelle disposizioni che tendono ad imporre ai privati delle regole assolute, sia la loro forma imperativa o proibitiva.

212. Ma quale è l'effetto delle leggi proibitive? La dottrina che tutte le leggi proibitive importassero la nullità degli atti che vi controvvenissero è oggi abbandonata. La dottrina moderna, scrive il Bianchi, trascurando la distinzione tra leggi imperative e proibitive, colla quale si veniva ad attenersi alla forma più che allo spirito delle disposizioni legislative, ha attinto da considerazioni più fondamentali le norme per decidere, nel silenzio della legge, di quali disposizioni l'innosservanza importi nullità, e di quali no. Partendo dal principio che fra le leggi, le quali dispongono intorno agli atti della vita civile, se ve ne hanno alcune essenziali, necessarie ad ottenere lo scopo che il legislatore si propone, ve ne ha d'altre ancora meramente secondarie, utili, ma non indispensabili ad osservarsi: e che una sanzione così grave, così pregiudizievole agli interessi privati, come è la nullità degli atti non deve facilmente presumersi dove il legislatore non l'abbia espressa; si è riconosciuta come massima generale e fondamentale che alle nullità non dichiarate espressamente dal legislatore non può essere supplito arbitrariamente dai giudici. Quando però per l'innosservanza di una disposizione di legge venga a mancare ciò che costituisce l'*essenza* dell'atto, non può essere necessaria la dichiarazione espressa della nullità di esso, mentre più che nullo, bisogna considerarlo come giuridicamente inesistente [1].

---

(1) Bianchi, *op. cit.* vol, I, n. 190. — Conf. Merlin, *Rèp.* v. *Nul-*

213. Il che significa, insomma, che le leggi proibitive produrranno l' effetto della nullità solamente quando i fatti giuridici, di cui si tratta, offendano l'interesse generale della società, perchè solamente in questo caso il legislatore può espressamente o implicitamente interdire simili fatti. Da ciò si vede che le leggi proibitive possono riguardare i buoni costumi, l' interesse dei terzi, l'ordinamento delle famiglie, delle proprietà, le forme essenziali degli atti, e, in generale, tutti gli interessi pubblici, di cui abbiamo parlato nei paragrafi precedenti.

Il nostro legislatore è stato giustamente censurato (2) per non avere espresso sempre chiaramente la sua volontà sulle conseguenze giuridiche dell' innosservanza dei suoi comandi e de' suoi divieti; alla quale mancanza la dottrina ha dovuto supplire colla sottile e pericolosa distinzione delle nullità testuali e virtuali. A questo proposito il Laurent, per dirimere le incertezze della dottrina e della giurisprudenza, formulò nel suo progetto di codice belga i seguenti articoli:

Art. 36. Sont nulles de plein droit les conventions ou dispositions qui violent ou éludent les lois interessant l'ordre social ou les bonnes moeurs.

Art. 37. Les actes juridiques sont nuls de plein droit quand une condition requise pour leure existence n' a pas été observée.

---

lité § 1; — Toullier, t. 8, n. 319. — Solon, *Trattato delle nullità*, t. I, n. 307-329. (trad. ital. Napoli 1839).

(2) Ferrini, nota a pag. 79, vol. I della trad. di Glück sopra citato.

214. Ci resta ora da esaminare l' ultima questione, che è quella che si riferisce precipuamente al nostro soggetto. Le leggi proibitive, importanti effettivamente nullità dei fatti giuridici posti contro di esse dai cittadini, sono tutte rigorosamente territoriali, cioè di ordine pubblico internazionale?

Basta portare l'attenzione sopra le principali disposizioni proibitive, per accorgersi che molte non sono obbligatorie per gli stranieri. Per esempio, essendo secondo la nostra legislazione lo stato delle persone, i rapporti di famiglia, le successioni, gli stessi contratti, in certi casi, regolati dalla legge nazionale degli stranieri, è evidente che la maggior parte dei divieti contenuti nelle norme regolatrici di questi istituti non sono rivolti agli stranieri stessi, altrimenti sarebbero inutili gli articoli 6, 7, 8, 9 delle disposizioni preliminari del codice civile. Con quale criterio, adunque, si discerneranno le leggi proibitive di ordine pubblico interno, da quelle di ordine pubblico internazionale?

Il Fiore risponde con una distinzione. Tutte leggi proibitive, egli dice, si possono distinguere in due grandi categorie; le prime, per dare migliore assetto e sviluppo a certi istituti giuridici, proibiscono soltanto un certo modo di acquistare o di esercitare un diritto; le altre aboliscono completamente certe istituzioni, e quindi tolgono non solo ogni possibilità di rapporto giuridico relativo alle istituzioni suddette, ma tolgono altresì ogni efficacia a qualunque rapporto giuridico, il riconoscimento del quale implichi il riconoscimento dell'istituzione abolita. Tanto l'una quanto l'altra categoria di leggi

esercita autorità assoluta, ma il divieto della prima colpisce solamente i cittadini, mentre il divieto della seconda colpisce indistintamente ogni rapporto giuridico, e quindi anche gli stranieri [1].

215. Con tutto il rispetto che professiamo all' eminente giurista, parci che la sua dottrina non sia in questo punto abbastanza chiara e completa. Vi sono leggi proibitive indubbiamente territoriali, e che non aboliscono tuttavia alcuna istituzione. La disposizione che divieta il divorzio e la ricerca di paternità, quella che proibisce il riconoscimento dei figli adulterini ed incestuosi, e tante altre, sono certamente territoriali, come quelle citate dal Fiore sulla abolizione della manomorta, dei fidecomessi, dei majorascati, dei feudi, e nondimeno non contengono affatto alcuna abolizione. Questo carattere *abolitivo d' istituzioni* non è dunque comune a tutte le leggi proibitive territoriali, e non è criterio sufficiente per riconoscerle in modo sicuro e generale.

216. Noi pensiamo che, anche per determinare quali, fra le leggi proibitive, obblighino solamente i cittadini e quali s'impongano a cittadini e stranieri, serva benissimo il criterio generale che abbiamo adottato in questi studi. Poichè in tanto una legge proibitiva sarà rigorosamente territoriale, in quanto il rapporto giuridico vietato sarà in contraddizione col diritto all' esistenza e sviluppo dello stato. Fuori di questo caso, lo stato non ha interesse nè diritto d' impedire sul suo territorio l' espansione di una legge straniera, per ciò solo che è contraria alle sue leggi proibitive.

---

(1) Fiore, *Diritto civile italiano,* vol. I, p. 2ª, n. 492.

Se adunque dal *contenuto* e dallo *scopo* di una norma giuridica appare che il legislatore ha comandato o proibito, nell' interesse generale bensì, ma unicamente per disciplinare nel modo migliore nn istituto giuridico, si deve ritenere che il comando e il divieto sia diretto solamente ai cittadini, sui quali ha poteri più larghi, che sugli stranieri e sulle leggi straniere, come si è visto sopra (1). Se, all' opposto, il contenuto e lo scopo dimostrano che il rapporto giuridico vietato fu ritenuto contrario ai diritti fondamentali dello stato, bisogna dedurre che il divieto è assoluto, è di ordine pubblico internazionale. Così, p. e. il divieto che si legge nel codice civile italiano di maritarsi prima di una certa età, di vendere la cosa altrui, di stipulare i contratti nuziali per atto privato, evidentemente ha per iscopo di ordinare nel modo ritenuto da esso migliore, più utile ai singoli interessati, ai terzi e alla società in generale, cotali istituti: ma è del pari evidente che lo stato non soffrirebbe alcuna jattura nè suoi diritti essenziali se applicasse una legge straniera che contravvenisse a cotesti suoi divieti. E la ragione sta appunto nel rapporto di condizionalità che tali istituti non hanno coll' esistenza e perfezionamento dello stato. Il matrimonio prima dell' età prescritta dal nostro codice, la vendita delle cose altrui, il contratto nuziale fatto per iscrittura privata, non sono fatti per se immorali, o perniciosi all' esistenza dello stato: e siccome possono essere conformi ai bisogni e agli usi di altri stati, la comunione del diritto esige che sieno riconosciuti agli

(1) V. sopra, n. 167.

stranieri anche sul nostro territorio. Invece, essendosi dal nostro legislatore, a torto o a ragione, giudicato che il divorzio, la ricerca di paternità, i maggiorascati, sieno istituti esiziali all'ordinamento sociale, che il loro divieto costituisca una condizione fondamentale alla conservazione e perfezionamento dello stato, questi sono, come direbbe Savigny, esclusi dalla comunione del diritto.

---

§ 6. *Riepilogo — Conclusione.*

SOMMARIO.

217. Risultato degli studi precedenti. — 218. Necessità di ricorrere ai principi immediati. — 219. L'ordine pubblico internazionale non è un' eccezione all'estraterritorialità delle leggi. — 220. Si danno alcune regole intorno al modo di valutare le leggi di ordine pubblico e sull'ufficio del giudice. — 221. Distinzione fra la natura del rapporto giuridico, e le conseguenze del medesimo. — 222. Effetti pratici di cotesta distinzione. — 223. Ufficio del giudice nelle questioni di diritto internazionale privato. — 224. Massima propugnata dal Laurent sul compito del giudice. — 225. Intelligenza della formola *principi generali del diritto.* — 226. Riepilogo delle regole direttive del giudice.

217. L'analisi che abbiamo fatto della natura e dello scopo delle singole leggi dovrebbe aver dimostrato che, se è difficile, non è poi impossibile, come vanno affermando taluni, di stabilire dei limiti razionali all'autorità delle leggi straniere. L'esistenza di un complesso di leggi e principi, rigorosamente territoriali e repellenti ogni legge

e principio stranieri contrari, è apparsa in modo evidente e ben definito.

La formola dell'ordine pubblico internazionale, intesa nel senso e coi criteri sopra sviluppati, ci parve esprimere con esattezza cotesto complesso di regole giuridiche assolute, e dissipare gli equivoci a cui poteva dar luogo la dottrina del Savigny e del Mancini [1]. Queste regole assolute devono dunque essere applicate, qualunque sia la nazionalità delle parti interessate, qualunque sia la natura dei beni, qualunque sia il luogo del contratto.

218. Certo, molte difficoltà rimangono ancora e rimarranno sempre. Ma esse derivano dalla natura della materia mobile, variabile da luogo a luogo e da tempo a tempo, e dall'indole stessa delle relazioni internazionali, che non si prestano ad essere disciplinate da norme generali e costanti. Qualunque sforzo, quindi, per formolare dei canoni assoluti riescirà sempre vano, e non toglierà alla

---

(1) Avevamo scritte queste pagine, quando ci giunse il 1.° Volume del *Diritto internazionale privato,* 3ª ediz., del Fiore, (Torino 1888), opera veramente degna della fama dell'Autore e della scienza italiana, nella quale è detto (n. 256) che la distinzione, fra le leggi di ordine pubblico interno e quelle di ordine pubblico internazionale, non è accettabile e complica la questione. Un giudizio così autorevole e così reciso ci ha fatto riflettere ancora lungamente sull'argomento, ma non ci ha potuto smovere nella convinzione che il criterio e la terminologia da noi adottati sieno per ora i migliori. La distinzione che l'illustre giurista propone (n. 257), fra la legge straniera e i rapporti giuridici, crediamo sia implicita nella formola dell'ordine pubblico internazionale, come abbiamo (prima di conoscere quest'opera) spiegato sopra al numero 193.

nostra scienza quel *relativismo* alle idee giuridiche dominanti in ciascun paese, e in ciascun' epoca, che è la caratteristica del problema che studiamo. Ecco perchè, nella ricerca della soluzione delle singole questioni, gioverà ricordarsi sempre della massima altrove accennata, di non affidarsi dogmaticamente ai principi generali, ma di discendere all' esame dei principi immediati e particolari di ogni istituto e rapporto giuridico, onde scoprire lo scopo naturale dei medesimi nella vita sociale, e quello assegnato loro dal legislatore. È questa analisi minuta, illuminata e diretta dal principio generale, che deve offrire per ogni quistione gli elementi a decidere se una legge è o non è estraterritoriale.

219. Ritornando ora col pensiero sul sistema che abbiamo svolto, ci pare ovvia la risposta da darsi alla domanda che molti si fanno, se le leggi territoriali siano la regola o l' eccezione, se costituiscano uno statuto per se stante, o se siano un elemento integrante delle leggi personali. Poichè è troppo evidente, per le cose discorse, che tanto le leggi territoriali quanto le leggi personali hanno lo stesso titolo di necessità e di legittimità, consacrando le une il diritto dello stato, garantendo le altre quelle dell'individuo. Sono quindi due ordini paralleli di leggi, aventi entrambi il carattere e l' indole di vere e proprie regole, ma reciprocamente definiti e limitati dal loro oggetto e dal loro scopo. Ed è appunto nella definizione di questi limiti che consiste il problema fondamentale della nostra scienza.

220. A complemento della teorica che siamo venuti esponendo dobbiamo aggiungere alcune osservazioni sul

modo di valutare i motivi giuridici che possono limitare l'autorità delle leggi straniere, e sull'ufficio del giudice nelle questioni di diritto privato internazionale.

221. Quando si vuol giudicare se un fatto giuridico è o non è contrario alle leggi territoriali di uno stato, bisogna tener conto di due circostanze: 1°, se questo fatto si vuole porre in essere nel territorio di questo stato: 2°, se ha avuto la sua effettuazione all'estero. Nel primo caso, dato che realmente il fatto giuridico sia in opposizione all'ordine pubblico internazionale locale, per quanto dovesse essere regolato, secondo la naturale competenza, da una legge straniera che lo riconoscesse, (lex nationis, lex loci contractus, lex rei sitae), non potrà ricevere sanzione dalla lex fori. Cio è chiaro. In Italia, per esempio, non si potrà celebrare un matrimonio poligamico, riconoscere una figliazione adulterina, fare una sostituzione fidecomissaria, e via dicendo.

Questi istituti non si possono realizzare in un luogo dove sono assolutamente vietati. Nel secondo caso invece conviene distinguere ancora, secondo chè il fatto giuridico compiuto all' estero, e contrario all'ordine pubblico di un altro stato, si voglia far riconoscere nella sua *essenza* in questo stato, oppure non si vogliano quivi far riconoscere che le conseguenze giuridiche di quello stesso fatto. Per esempio: altro è dimandare ai nostri Tribunali il riconoscimento di un matrimonio poligamico, ed altro chiedere che sieno riconosciute alcune conseguenze del medesimo, come la legittimità dei figli che fossero venuti dal medesimo, o il diritto di questi alla successione: altro è domandare il riconoscimento di una figlia-

zione adulterina, e altro invocare le conseguenze di questo stato legittimamente acquistato secondo leggi straniere, allo scopo di ottenere p. e. il diritto agli alimenti; e infine, per rimanere nell'ordine di esempi suddetti, altro è dare sanzione ad una sostituzione fidecomissaria, e altro accordare le divisioni dei beni cadenti nel fidecomesso, esistente all'estero legittimamente.

222. La diversa efficienza di queste circostanze sull'ordine pubblico internazionale è intuitiva. Poichè, nelle prime ipotesi l'ordine pubblico internazionale è direttamente offeso; mentre nelle seconde non riceve alcun turbamento diretto. La distinzione pertanto, accennata dal Bar ([1]), svolta dal Brocher ([2]) e ripetuta da alcuni scrittori posteriori ([3]), fra riconoscimento del fatto giuridico vietato,

---

(1) BAR, *op. c.* § 33. p. 109: « Nur Das kann zugegeben werden, dass das Gericht niemals dazu dienen darf, ein Rechtsverhältniss zu *realisiren*, welches von den einheimischen Gesetzen als ein unsittliches betrachtet wird, wenn auch dieses Verhältniss nach den auswärtigen Gesetzen als ein erlaubtes gelten sollte. Jede weitere Ausnahme ist aber durch Nichts gerechtfertigt, und selbst ein nach unseren Gesetzen für unsittlich geltendes, demnach nichtiges Rechtsverhältniss muss von unserem Gerichte dann anerkannt werden, *venn es nicht in dem Gebiete unseres Staates realisirt werden soll,* vielmehr seine Existenz nur einen Präjudicialpunkt für einen anderweiten in unserem Lande verfolgten Anspruch bildet ». Gli stessi concetti ripete presso a poco nel *Journal du Droit int. privé,* 1888, p. 10.

(2) BROCHER, *Nouveau Traité de Droit int. privé,* n. 143, p. 351

(3) FUSINATO, Arch. giuridico, vol. XXXIII, p. 607: *Questioni di diritto privato int.* p. 51. — FILOMUSI-GUELFI, *Foro italiano*, an. 1884, p. 573. — FIORE, *Diritto int. privato*, 3ª ed. n. 256-8.

e riconoscimento delle conseguenze giuridiche del medesimo, è indispensabile, onde non venga allargato oltre i naturali confini il principio dell'ordine pubblico internazionale. Data la difformità delle leggi dei vari stati, la vita internazionale esige che si rispettino e si tollerino a vicenda le leggi che non recano direttamente offesa ai principi ritenuti fondamentali di ciascuno stato, altrimenti non sarebbe possibile quella comunione del diritto proclamata da Savigny, e indispensabile al progresso dell' umanità. E questa offesa non si consuma quando non si *coopera*, come si esprime il Brocher, all'attuazione di un rapporto giuridico ritenuto contrario ai diritti essenziali dello stato, ma si limita invece a *tollerarne* le conseguenze indirette.

Questa distinzione è feconda di molte felicissime ed importantissime applicazioni, come vedremo nella parte speciale. Così, per accennarne qualcuna, in forza di questa massima, colui che divorziò legittimamente all' estero, potrà maritarsi di nuovo in Italia (1), un figlio naturale adulterino potrà invocare nel nostro paese una sentenza estera che abbia riconosciuto il suo stato, onde concorrere alla successione di certi beni (2), e uno che acquistò, dove era lecito, la proprietà di certe cose col mezzo della schiavitù, potrà da noi ottenere riconoscimento e protezione dei diritti che da tale proprietà fossero derivati (3).

223. Le questioni di diritto internazionale in genere, ma più specialmente quelle che riguardano il limite del-

---

(1) Filomusi-Guelfi, *Foro italiano,* 1884, p. 588.

(2) Gianzana, *Lo straniero,* vol. I, parte III, p. 114.

(3) Bar, *op. c.* p. 110.

l'estratterritorialità delle leggi, pongono il giudice in una condizione diversa da quella in cui trovasi normalmente. Per regola, l'ufficio del giudice consiste nell'applicare la legge secondo i buoni criteri di interpretazione. E anche in diritto internazionale, quando vi sono disposizioni positive, il compito del giudice è limitato all'applicazione delle medesime. Ciò è evidente.

Ma in molti paesi mancano affatto, o sono incomplete le leggi sul diritto internazionale privato; e anche dove queste leggi esistono, come in Italia, esse non contengono che pochi principi, insufficienti a risolvere tutte le svariate questioni che vengono sottoposte ai Tribunali. Quanto poi alle questioni sulle leggi di ordine pubblico internazionale, le legislazioni o sono mute, o pongono come la nostra la massima generale dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile, senza indicare al giudice alcun criterio per decidere quando una legge deve ritenersi contraria o no all'ordine pubblico, e al buon costume. Cotesta deficienza di regole positive mette di necessità il giudice in una condizione eccezionale. Mancando la legge, e non potendo negare giustizia, secondo un principio di diritto sociale oggidì universalmente ricevuto, il giudice deve prendere per norma, come dice il Gabba [1], le stesse considerazioni che potrebbero determinare il legislatore, surrogandosi per un istante al legislatore stesso per riprendere dopo il più modesto suo ufficio. Se però il giudice, nel silenzio ed oscurità della legge, procede come il legislatore, non può dirsi che ne usurpi l'ufficio.

---

(1) GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. I, p. 228.

Poichè, prima di tutto egli lo fa per autorità dello stesso legislatore, e dentro certi limiti dal medesimo tracciati, (art. 3 Disposizioni preliminari del Cod. civ. italiano, § 7 del Codice Austriaco, § 49 del Diritto generale prussiano: in secondo luogo, le regole adottate dal giudice non hanno valore che per la speciale questione cui furono applicate, e fra le parti contendenti.

224. Ciò posto, e volendoci noi limitare alle questioni cui può dar luogo il nostro tema, come farà il giudice a determinare se una legge, un rapporto giuridico sono di ordine pubblico internazionale? Non vi sono difficoltà per le leggi di diritto pubblico; ma sono infinite, come si e visto, per quelle che riguardano il diritto privato e i buoni costumi. Insegna in più luoghi il Laurent che « il giudice deciderà secondo la dottrina che domina nello stato dove rende giustizia [1] ». Questa massima non è del tutto esatta, e può essere pericolosa. Il giudice non è chiamato ad applicare le teoriche speculative propugnate dalla scienza, sia pure in modo concorde, cosa del resto molto difficile. Egli, anche nei casi di assoluta deficienza di prescrizioni positive, trovasi in un campo già limitato dall' indole stessa del suo ufficio. Egli deve cercare anzitutto d' interpretare l' intenzione del legislatore. Ora questa intenzione si deve desumere dalla stessa opera legislativa, dal concetto che il legislatore si è fatto di ogni singolo istituto, dallo scopo che si è proposto; concetto e scopo che devono scoprirsi, ripetiamo, nello stesso contenuto complessivo della legislazione. Il con-

(1) LAURENT, *op. c.* II, 349.

cedere al giudice di adottare per norma positiva i principi che va stabilendo progressivamente la scienza, anche se questi non hanno alcuna base nelle leggi positive, se può giovare allo sviluppo del diritto, è certamente contrario al principio della divisione dei poteri, e al rispetto che tutti, i giudici pei primi, devono alla legge, buona o cattiva, finchè è in vigore. Molte volte poi simile arbitrio può tornare pernicioso all' amministrazione della giustizia; massime quando si tratti di regole dottrinali dubbie o diversamente intese.

225. Solamente nel caso in cui, nel complesso della legislazione, il giudice non riesca a trovare i criteri e le regole per risolvere le questioni, dovrà ricorrere, come prescrive il nostro Codice civile, ai *principi generali del diritto.* La quale espressione, forse non a torto criticata (1), non ci pare sinonima della regola consigliata dal Laurent. Poichè i principi generali del diritto, e, ancora più, il *diritto naturale* richiamato dal codice Austriaco, non sono spesso veramente e compiutamente rappresentati dalla dottrina dominante in un dato paese. Nella nostra materia p. e. per principi generali del diritto si dovrebbero intendere i *principi generali del diritto internazionale privato.* Ora, questi principi non si possono cercare e trovare esclusivamente nella dottrina inglese, americana, tedesca o italiana, ma nella scienza universale del diritto internazionale.

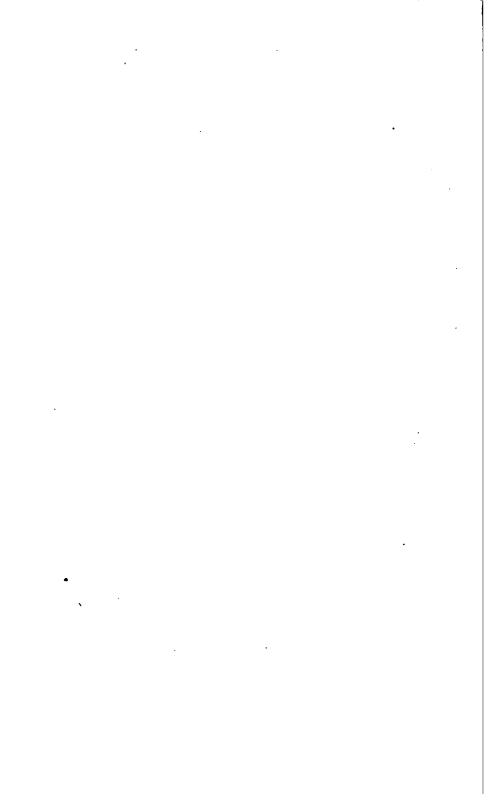
---

(1) Vedi l' origine di questa massima, e le lunghe discussioni cui diede luogo fra i compilatori del Codice albertino e italiano, in MARCHI, *Legislazione civile italiana,* vol. I, p. 78-81 e 105-143.

226. Concludendo pertanto, devesi ritenere che, non avendo alcun legislatore fatta, nè era possibile farla, una enumerazione tassativa e neppure dimostrativa delle disposizioni di ordine pubblico internazionale, spetta naturalmente ai tribunali il decidere di volta in volta quali sieno le disposizioni che hanno siffatta natura e quando siavi o non siavi offesa alle medesime per parte della lex nationis dello straniero, o della lex rei sitae, o della lex loci contractus: che il criterio per decidere simili questioni devono i giudici ricercarlo nella intenzione del legislatore, manifestantesi nello scopo a cui esso ha ordinato i singoli istituti di diritto: e che, quando sia impossibile dedurre dalla legislazione positiva alcuna regola precisa, devono domandarla ai principi generali del diritto internazionale (1).

Il presente studio tende appunto a mettere in luce questi principi, e a ricercare, nello stesso tempo, lo spirito della legislazione italiana intorno a questo punto difficilissimo del diritto internazionale privato.

---

(1) Il Bar rileva, al solito, molto lucidamente la diversità tra le funzioni del legislatore e quelle del giudice. Questi, egli dice, non è che l'agente d'esecuzione degli ordini del legislatore. Da ciò risulta: « 1° que le juge saisi d'un litige doit tout d'abord se reporter aux lois de l'Etat au nom duquel il rend la justice (*lex fori*) pour savoir si elles l'autorisent à appliquer une législation étrangère, et quelle sera cette dernière; 2° qu'il n'y a lieu de recourir aux principes généraux, que dans le cas où la lex fori aurait gardé le silence au tout au moins ne se serait pas exprimée avec une clarté suffisante ». (*Journal du Droit. int. privé*, 1888, p. 1).

CAPO II. — L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA.

SOMMARIO.

227. La territorialità di certe leggi è principio universale. — 228. Principali disposizioni del codice civile italiano in materia di Diritto internazionale privato — 229. Disposizioni dominanti tutta cotesta materia. — 230. L'articolo 12 delle disposizioni preliminari. — 231. Lodi e censure date a questo articolo. — Giudizi di Gabba, di Laurent ecc. — 232. Diversi concetti racchiusi nel medesimo - Difficoltà d' interpretarlo logicamente. — 233. Interpretazione di Esperson — 234. Valore della spiegazione di questo autore. — 235. Le discussioni dei compilatori del Codice civile. — 236. Opinione di Pacifici - Mazzoni. — 237. Non scioglie le difficoltà — 238. Opinione di Borsari e di Fiore. — 239. Conclusione.

227. Gettando uno sguardo sulle leggi e sulla giurisprudenza dei vari paesi, si vede che esse si accordano tutte sopra alcuni principi generali ritenuti necessari per mantenere incolume il diritto di sovranità e il patrimonio morale, economico e giuridico di ciascheduno stato. L'obbligatorietà assoluta delle leggi penali, di polizia e, in

generale, delle leggi di diritto pubblico, non solo pei cittadini, ma per chiunque si trovi sul territorio dello stato; la soggezione alla lex rei sitae degli immobili, a chiunque appartengano; la non efficacia degli atti, contratti, sentenze, leggi straniere contrari all'ordine pubblico e al buon costume, sono prescrizioni universalmente adottate. In pratica però ricevono applicazioni diverse, estensive o ristrettive, secondo lo spirito giuridico dominante in ciascun paese, come avremo occasione di constatare nell'esame delle questioni speciali.

228. Il nostro legislatore, il solo che abbia fin qui codificato i principi fondamentali del diritto internazionale privato, ha accolta, in sostanza, la dottrina della scuola italiana che abbiamo esposto di sopra. Il sistema da esso seguito è sintetizzato negli articoli 6 a 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, e nell'articolo 3 dello stesso codice. Ma si trovano nella nostra legislazione altre disposizioni complementari, fra le quali primeggiano quelle degli articoli 100, 101, 102, 103, 788 1935, 1973, 1990 del Codice civile; quelle degli articoli 10, 22, 105, 106, 107, 141, 142, 941 a 950 del Codice di procedura Civile; quelle degli articoli 58, 230, 231 232 del Codice di Commercio, e altre ancora sparse nelle leggi speciali del regno.

229. Il complesso di queste disposizioni, che abbracciano tutte le materie del diritto internazionale privato, cioè le persone, i beni, le obbligazioni, la giurisdizione, l'esecuzione delle sentenze e degli atti esteri, è dominato dai principi consacrati negli articoli 7, 10, 11 e 12 del titolo preliminare al codice civile, intesi a garantire e

a sviluppare i diritti dello stato. Cotesti articoli suonano così:

Art. 7... I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dove sono situati.

Art. 10. La competenza e le forme dei provvedimenti sono regolate della legge del luogo in cui segue il giudizio.

Art. 11. Le leggi penali e di polizia e di sicurezza pubblica obbligano tutti coloro che si trovano nel territorio del regno.

Art. 12. Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni, potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume.

230. In questi articoli sono richiamate le diverse categorie di leggi che noi abbiamo dimostrato (lib. II. cap. III.) costituire l'ordine pubblico internazionale: e cioè le leggi di diritto pubblico, le leggi di diritto privato ma d'interesse pubblico, le leggi proibitive, e quelle che tutelano i buoni costumi. Ma questa enumerazione è fatta in modo molto confuso. Riservandoci di spiegare a suo luogo il vero senso dell'articolo 7, la cui forma assoluta puó trarre facilmente in inganno, e gli articoli 10 e 11; gioverà analizzare qui con qualche cura le prescrizioni contenute nell'art. 12, perchè queste formano veramente la sintesi di tutte le regole che il legislatore italiano ha creduto di stabilire come limite all'estraterritorialità delle leggi straniere.

231. Questo articolo è stato oggetto di lodi, ma più ancora di vive e, crediamo, meritevoli censure. Al suo apparire fu salutato dal Gabba come disposizione « sapientissima che completa veramente il sistema delle conciliazioni delle leggi di luoghi differenti, assegnando anche alla *lex fori* l'importanza che le spetta, in confronto della *lex contractus*, delle *lex domicilii*, della *lex rei sitae*, quadruplice distinzione delle leggi di cui tutto quel sistema si compone (1) ». Tale fu pure giudicato dal Lomonaco (2) e dal Gianzana (3).

Ma il Laurent lo critica vivamente per le espressioni di leggi proibitive e di ordine pubblico in esso adoperate dal legislatore. Egli dice che la formola delle leggi proibitive fu tolta da Savigny, il quale aggiunse però che dovessero le leggi essere rigorosamente proibitive. La formola, vaga in Savigny, è più vaga ancora senza cotesta restrizione. Le leggi proibitive dicono troppo e non dicono abbastanza. L'espressione poi dell'ordine pubblico, copiata dal Codice Napoleone, ha diversi significati, e si presta all'equivoco: non apprende nulla all'interprete, e lo può trarre in errore. Pel Laurent, insomma, l'art. 12 è mal redatto e riesce a conseguenze opposte al principio di nazionalità, su cui si fonda il Codice italiano (4).

(1) Gabba, *Gli articoli 6-12 del titolo preliminare del Codice civile italiano,* negli *Annali di Giurisprudenza,* anno 1866, part. III, p. 11.

(2) Lomonaco, *op. c.* p. 61.

(3) Gianzana, *op. c.* vol. I, p. 110.

(4) Laurent, *Droit civil. int.* vol. I, n. 438; vol. II, n. 203. — Brocher, *Nouveau Traité de Droit int. privé,* n. 143.

Anche la dottrina e la giurisprudenza italiana hanno giudicato la dizione dell' art. 12 troppo vaga e tale da sacrificare tutto il sistema del diritto internazionale privato stabilito dal nostro legislatore se non venisse strettamente intesa ed applicata (1).

232. Il Filomusi-Guelfi ha notato che questo articolo contiene « un intreccio di concetti, poichè da un lato per l'assolutezza del precetto della legge si ricorre alla *ratio*, *l'interesse pubblico* (l'ordine pubblico o il buon costume), dall'altro alla forma, cioè alla forma proibente (2) ». Ma, oltre a questa complicazione affatto inutile, perchè è risaputo che la forma proibitiva di una regola giuridica non basta ad escludere una legge straniera, se questa non riguardi rapporti di ordine pubblico internazionale, un altro *intreccio*, più pericoloso ancora si riscontra nell' articolo 12, consistente nella fusione, o meglio confusione, di norme di diritto privato interno, e di diritto internazionale (3). Difatti il detto articolo, per la sua collocazione in fondo alle disposizioni preliminari del codice, pel suo concetto generale, per le sue stesse espressioni alludenti non solo alle leggi, agli atti, alle sentenze di un paese estero, ma ben anco alle private disposizioni e convenzioni, fu evidente-

(1) Fiore, *Il diritto civile italiano,* vol. I, n. 486-404. — Fusinato, *Archivio Giuridico*, vol. XXXIII, p. 598. — *Corte app.* di Ancona (*Foro italiano*, 1884, p. 598).

(2) Filomusi-Guelfi, *Foro italiano*, an. 1879, p. 557.

(3) Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*, cap. IV, § 16, nota 1: e *Le Droit international privè dans la lègislation italienne*, p. 34. — Fusinato, *Archivio Giuridico*, vol. XXXIII, p. 600.

mente dettato tanto per gli stranieri che pei cittadini. Se si volesse applicare solamente agli stranieri e a rapporti di diritto internazionale, oltre al precludersi la via per dargli un senso ristrettivo e conforme allo spirito generale della nostra legislazione, si verrebbe a scavare nel Codice stesso una profonda lacuna: perché mancherebbe un analogo principio obbligatorio pei cittadini, come trovasi nel Codice Napoleone e in molti altri. Ora ciò non può ammettersi; e devesi quindi indubbiamente ritenere che, coll'articolo 12, il legislatore italiano abbia voluto rivolgere i suoi divieti a tutti indistintamente, cittadini e stranieri.

Ma se tale è la portata dell'articolo 12, non si possono dissimulare le gravissime difficoltà cui dà luogo la sua applicazione. Come osservarono il Laurent, il Mazzoni ed il Fiore, quest'articolo, interpretato alla lettera, distrugge l'articolo 6 delle disposizioni preliminari. Poichè lo stato, la capacità delle persone e i rapporti di famiglia sono istituti di ordine pubblico; anzi, per la dottrina francese, l'espressione di ordine pubblico ha il senso tecnico di leggi concernenti appunto lo stato personale [1]. Ora, se le leggi, gli atti, le sentenze estere che derogano in *qualsivoglia modo* all'ordine pubblico, non sono riconosciute in Italia, se basta una qualunque difformità dalla nostra legge per escluderle, la disposizione dell'articolo 6, che dichiara estraterritoriali le leggi regolatrici dello stato personale, diventa lettera morta. Medesimamente, se basta la forma proibitiva di una legge del regno, con-

(1) LAURENT, *Droit civ. int.* I, n. 438.

cernente le persone, i beni, gli atti, per respingere una legge straniera, si distrugge in gran parte, con una frase infelice, l'opera liberale del legislatore italiano in materia di diritto internazionale privato.

233. L' Esperson, il Pacifici-Mazzoni, il Borsari, il Fiore ed altri si sono sforzati di conciliare e di spiegare le vaghe e contradditorie disposizioni contenute nell' articolo 12.

Esperson, partendo dal giusto presupposto che il detto articolo abbracci due categorie di regole, una di diritto civile interno, l' altra di diritto internazionale privato, scinde l'articolo in due parti per conciliarlo coi due ordini di fatti giuridici previsti dal legislatore, e richiedenti per loro natura norme diverse. Egli afferma quindi che l' articolo 12 si deve interpretare in questo modo: che ai cittadini, sia che si trovano in Italia sia all'estero, è vietato di derogare tanto alle leggi proibitive che a quelle risguardanti l' ordine pubblico e il buon costume; mentre solamente queste ultime non possono essere derogate da leggi, atti e sentenze stranieri. « Toute difficulté se trouve résolue, egli conclude, en faisant remarquer qu' on doit appliquer aux unes et aux autres de ces lois (lois concernant l' ordre public et les bonnes moeurs, et lois proibitives) le principe de droit civil consacré par la législation italienne, et aux termes duquel il ne peut y être dérogé par les conventions ou par les dispositions privées des nationaux, pas plus en Italie qu' à l' étranger. Au contraire, c' est uniquement aux lois concernant l'ordre public ou les bonnes moeurs que se rapporte le principe de droit privé international, d'

aprés lequel ces lois, appartenant au droit public, ne peuvent ètre l' objet d' aucune dérogation en vertu des lois, des actes ou des sentences d'un pays etranger » (1).

234. Ma questa non è semplice interpretazione, è addirittura creazione di un nuovo articolo, certo più conforme ai principi di diritto internazionale, ma che può essere fatta solamente dal legislatore. L' articolo 12 non fa distinzione alcuna fra cittadini e stranieri, nè fra rapporti di diritto civile e di diritto internazionale; e l'ordine stesso delle diverse ipotesi previste nell'articolo si oppone a simile distinzione. Infatti, con questo articolo il legislatore, prima accenna alle « leggi, atti e sentenze straniere, » e poi alle « private disposizioni e convenzioni » in genere, che possono cioè farsi tanto da cittadini che da stranieri; e fa seguire subito, non già le « leggi risguardanti in qualsiasi modo l' ordine pubblico ed il buon costume » nel quale caso si potrebbe forse stiracchiare la dizione, fino a far riferire queste parole alla prima ipotesi solamente, ma fa seguire, diciamo, le « leggi proibitive » e solo in fondo parla di leggi risguardanti l' ordine pubblico e il buon costume. Questo amalgama, questa confusione di disposizioni, non solo non consente la distinzione propugnata dall'eminente giureconsulto, ma dimostra che al legislatore non è neppure passata per la mente, altrimenti avrebbe trovata una dizione atta ad esprimere il suo pensiero.

235. L' Esperson cita a sostegno della sua tesi le discussioni della Commissione coordinatrice del Codice

(1) ESPERSON, *Le droit int. privé dans le législ. italienne*, p. 36.

civile: ma parci che queste le tornino piuttosto contro. È deplorevole che i Processi verbali di detta Commissione, che pure ci hanno tramandate preziose notizie in altre materie meno difficili, sieno quasi muti intorno a questo importantissimo argomento. Ecco quanto vi troviamo in proposito.

L' articolo 9 del primo progetto, intorno a cui discusse la Commissione, diceva: « In nessun caso le leggi, gli atti ed i giudicati di un paese straniero e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi del regno regolatrici delle persone, dei beni o degli atti in tutte le materie riguardanti l' ordine pubblico od il buon costume ».

« Uno dei Commissari (Mancini) facendo osservare che nell' articolo 9 con dire — *leggi regolatrici delle persone, dei beni e degli atti* — si comprendono tutte le leggi civili e si darebbe forse un estensione esagerata al precetto sancito in detto articolo, propone di modificare l' ultima parte così:

« *In nessun caso potranno derogare alle leggi del regno, allorchè contengono disposizioni proibitive, ed in tutte le materie che interessano l' ordine pubblico ed il buon costume* ».

« Un membro (De Foresta) propone di mantenere dopo le parole *disposizioni proibitive* queste altre — *concernenti le persone, i beni e gli atti* —.

« La Commissione accetta l' articolo 9 coi proposti emendamenti incaricando il suddetto membro segretario di formularne la nuova redazione » [1].

(1) *Verbali della Commissione coordinatrice,* verb. n. 54.

E la nuova redazione ci diede appunto l'attuale articolo 12.

Da questa discussione risulta che la formola ultima peggiorò evidentemente la dizione primitiva, introducendovi la limitazione delle leggi proibitive, che è superflua o inesatta come abbiamo dimostrato. E riguardo alla questione che ci occupa, non troviamo nei processi verbali neppure un accenno alla distinzione veduta dall'Esperson; anzi l' emendamento del Mancini esclude in termini la detta distinzione.

Del resto, anche ammessa l' opinione dell' Esperson, sussiste sempre la difficoltà derivante dall' espressione — ordine pubblico — la quale, intesa alla lettera, escluderebbe tutte le leggi straniere difformi dalle nostre in materia di stato personale, cioè sopprimerebbe l' art. 6.

236. Il Pacifici-Mazzoni distingue l' ordine pubblico in senso stretto e in senso lato. Appartengono al primo « le leggi risguardanti lo stato e capacità delle persone e i rapporti di famiglia »; al secondo « le leggi che riguardono un interesse pubblico in rapporto al privato e che interessano la società più direttamente che i singoli cittadini ». Questa distinzione, raccolta dalla dottrina francese, non ha più valore nella nostra legislazione; e, quando anche si ammetta per buona teoricamente, non riesce a conciliare l' articolo 6 coll' articolo 12, perchè l' espressione amplissima di questo ultimo — leggi risguardanti *in qualsiasi modo* l' ordine pubblico — non può intendersi che in senso lato, e cioè comprendente anche le leggi regolatrici dello stato personale. E allora siamo da capo: l' articolo 12 uccide l' articolo 6.

237. Il Pacifici distingue ancora la diversa efficacia delle leggi proibitive menzionate nell'articolo 12, secondo che si tratti di cittadini o di stranieri. Pei primi il divieto sarebbe assoluto, pei secondi sarebbe limitato dall'impero lasciato alle leggi personali. Ma anche questa dottrina non è esatta scientificamente, e non risolve la questione di diritto positivo.

Anzitutto non è vero che tutte le leggi proibitive sieno sempre assolutamente obbligatorie pei cittadini. Vi sono molte regole in forma proibitiva, la cui deroga non produce necessariamente nullità, perchè trattasi di disposizioni dettate nell'interesse diretto dei privati, dette perciò dal Savigny *supplettive* (n. 189). E non è vero del pari che le leggi personali straniere limitino il divieto delle leggi proibitive territoriali: anzi, all'opposto, queste limitano quelle. Ma, ammesso anche qui per buono il concetto del Mazzoni, quand'è che le leggi personali fanno tacere le leggi proibitive locali? Sempre? per eccezione? E con quali criteri possiamo riconoscere noi queste eccezioni? La formola delle leggi proibitive, in se considerata, non ci può fornire simili criteri: e se dobbiamo cercarli fuori della medesima, vuol dire che la formola stessa non è esatta. Infine, anche queste spiegazioni e distinzioni non sono consentite dal tenore dell'articolo 12; perchè questo non distingue affatto l'ordine pubblico in senso stretto e in senso lato, nè le leggi proibitive in quelle che obbligano i cittadini solamente e in quelle che obbligano cittadini e stranieri [1].

---

(1) PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, I, p. 328 (2.ª ed.); II, p. 312 (3.ª ed.).

238. A proposito dell'articolo 12 scrive il Borsari: « Vedesi in quest' articolo una classificazione triplice e distinta; a) *Diritto pubblico interno;* b) *Ordine pubblico*; c) *Buon costume.* Tre idee, che si riuniscono nel concetto generale di *Diritto essenziale* dello stato. Le *leggi proibitive del regno* che concernono le persone, i beni e gli atti, è una perifrasi del *Diritto pubblico interno* » [1]. E il Fiore: « Secondo il nostro modo di vedere l'eccezione contenuta nell' articolo 12 comprende tre ordini di cose: 1° Leggi proibitive. 2° Diritto sociale. (*Diritto pubblico interno, ordine pubblico, leggi nelle quali sono principalmente in causa gl' interessi della comunità).* 3° Buon costume » [2].

L' analisi che questi insigni scrittori fanno dell'articolo 12 non riesce a togliere le difficoltà e le ambiguità nascenti dalla infelice redazione del medesimo. Poichè resta sempre da determinarsi il significato preciso dell'ordine pubblico e delle leggi proibitive, e, quel che è più grave, resta da stabilire la diversa portata dei divieti contenuti in cotesti due ordini di leggi, secondochè si tratti di applicarli a questioni di diritto civile interno o a questione di diritto internazionale. Il Fiore dice bensì che per leggi di ordine pubblico si devono intendere le leggi di *diritto pubblico*, e per leggi proibitive quelle che *aboliscono completamente certe istituzioni* [3]: ma non crediamo che si possa restringere fino a questo punto il significato

(1) Borsari, *Commento al Codice civile italiano,* vol. I, § 2.

(2) Fiore, *Il diritto civile italiano,* I, n. 490.

(3) Fiore, *op. c.* n. 489, 492.

dell' art. 12. Rimandando a quanto osservammo al n. 214 intorno a questo concetto delle leggi proibitive, ci pare che l'espressione di ordine pubblico nella tradizione francese e italiana, abbracci indiscutibilmente rapporti giuridici non solo di diritto pubblico ma altresì di diritto privato, ma d' interesse generale, come abbiamo veduto sopra parecchie volte.

239. Che dovremo dunque concludere da tutto quanto siamo venuti osservando finora sull' articolo 12? Pur troppo, una di queste due cose: o l' articolo 12 si interpreta alla lettera, e si distrugge tutta, o quasi, l'opera gloriosa del legislatore italiano, la codificazione delle principali norme del diritto internazionale privato: o si interpreta con criteri estrinseci (sieno pure scientifici) al tenore logico ed ermeneutico del medesimo, e si sostituisce al legislatore e si cade nell' arbitrio di apprezzamento, come fece la Corte di appello di Ancona che sentenziò non essere il divorzio contrario all' art. 12. Tutte le conciliazioni tentate dimostrano l' ingegno dei giuristi che si sono occupati di questa questione; ma non riescono a mettere d' accordo la scienza e la parola della legge.

Se nonchè, dovendo pure il giudice applicare il precetto dell' articolo 12, è naturale che sia più conforme alla sua missione l'attribuire all'articolo 12 quel significato che, senza contraddire apertamente ai termini del medesimo, è più in armonia alla natura delle cose. Egli è perciò che noi riteniamo che la distinzione che abbiamo propugnata fra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, benchè non espressa nel detto articolo, potrà servire di scorta sicura all' interprete per risolvere,

nei casi dubbi, se una legge di ordine pubblico o proibitiva, come dice il nostro codice, abbia tale carattere di importanza e di condizionalità collo sviluppo dello stato da escludere l'applicazione di una legge straniera contraria.

PARTE SPECIALE

LIBRO TERZO.

DIRITTO DELLE PERSONE.

GENERALITÀ.

SOMMARIO.

240. Necessità di definire la condizione giuridica dello straniero prima di passare a ricercare le regole applicabili ai singoli rapporti giuridici. — 241. Ordine della trattazione dal punto di vista del presente studio.

240. Prima di parlare delle leggi applicabili ai vari rapporti giuridici e dei limiti imposti alle medesime dall' ordine pubblico internazionale, è mestieri di determinare esattamente quali sono i diritti riconosciuti agli stranieri. Il nostro legislatore ha operato in senso inverso. Esso ha fatto precedere all' articolo 3.° del Codice civile, che stabilisce la condizione giuridica dello straniero, le disposizioni preliminari degli articoli 6 a 12, nelle quali sono formulate le regole per risolvere i conflitti di legislazione. Ciò non è logico: poichè la teorica dell' applicazione delle leggi straniere presuppone necessariamente definita la condizione civile dello straniero stesso.

La scienza moderna e il Codice civile italiano hanno proclamato e sancito il principio della parificazione dei cittadini e degli stranieri nel godimento dei diritti privati: onde, per noi, tutta la questione si riduce a precisare il concetto dei diritti privati o civili, comuni a tutti gli uomini, e quello dei diritti politici, propri solamente dei cittadini.

241. Noi ci occuperemo di questo argomento dal nostro punto di vista: cioè, studieremo la condizione giuridica dello straniero in rapporto specialmente alle leggi di ordine pubblico internazionale: trattando prima delle persone naturali, poi delle persone giuridiche straniere.

CAPO I. — CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO NEL RISPETTO DELLE LEGGI DI ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.

§ 1. — *Diritti civili e politici.* *L'articolo 3.° del Codice civile italiano.*

SOMMARIO.

242. Il principio della parificazione dei cittadini e stranieri nel godimento dei diritti civili nelle legislazioni moderne. — 243. Triplice ragione per la quale la parificazione non può essere completa. — 244. Distinzione tra Diritti *politici* e Diritti *civili* o *privati*. — 245. Natura dei diritti politici. — Motivi pei quali questi diritti non competono allo straniero. — 246. Natura dei Diritti privati. — Definizione del Bianchi e di altri. — Definizione del Gabba. — 247. Estensione continua del campo del Diritto privato. — 248. L'articolo 3° del Codice civile italiano. — 249. La legislazione italiana esclude lo straniero dai diritti e dalle funzioni politici. — 250. Eccezione singolare delle leggi nostre per gli appartenenti al territorio italiano ma non al regno — 251. Portata di queste disposizioni. — 252. Doveri non imponibili agli stranieri. — 253. Diritti civili negati, per eccezione, allo straniero. — 254. Formola troppo assoluta dell' articolo 3.° del Codice civile. — 255. La condizione giuridica dello straniero diversifica da quella del cittadino anche pel fatto che a quegli si applica il proprio diritto nazionale. — 256. Opi-

nione erronea in proposito del Gianzana. — 257. Assurdi che produrrebbe l'adozione di questa opinione. — 258. Continuazione. — 259. Analogia e differenze dell' articolo 3.° del nostro Codice civile coll' articolo 9 del Codice olandese. — 260. Vero significato dell' articolo 3.° — 261. Critiche alla parola *godimento* dei diritti usata in questo articolo. — 262. Valore di tali censure. — 263. Transizione. — Argomenti da trattarsi.

242. Sono troppo note, perchè ci sia bisogno di ricordarle ancora, le molteplici restrizioni a cui furono in passato soggetti i diritti degli stranieri, e le incertezze della giurisprudenza contemporanea dei paesi che non hanno disposizioni legislative precise e liberali come noi in questa materia. Ma oramai la scienza è riuscita a convincere i legislatori che la base del diritto internazionale moderna riposa sul rispetto della personalità umana, e quindi sul riconoscimento incondizionato di tutti i diritti spettanti all' uomo, perchè uomo, cioè dei suoi diritti privati o civili, a qualunque famiglia umana esso appartenga. E questo riconoscimento si va attuando nella vita reale o colle leggi, come in Olanda [1], Italia [2], Portogallo [3], Rumenia [4], o con patti internazionali confermanti presso quasi tutti i popoli civili il principio della reciprocanza [5].

(1) Art. 9 *Disposizioni generali* al Codice civile.

(2) Art. 3 Codice civile.

(3) Art. 26 Codice civile.

(4) Art. 11 Codice civile.

(5) V. PALMA, *Trattati e Convenzioni tra il Regno d' Italia ed i Governi esteri.*

243. Ma la parificazione del cittadino e dello straniero nel godimento dei diritti non è, e non può essere, completa. La condizione di straniero diversifica da quella del cittadino pei seguenti motivi:

I. Perchè agli stranieri non spettano i diritti detti politici;

II. Perchè, per eccezione, è negato allo straniero, anche dalle leggi più liberali, il godimento, di qualche diritto privato;

III. Perchè i diritti riconosciuti allo straniero, relativamente al suo stato e capacità personale sono, di regola, disciplinati dalla sua legge nazionale: il che può allargare o restringere la sfera dei diritti spettante allo straniero stesso, in confronto con quella assegnata ai cittadini dalle leggi locali. Spieghiamo brevemente queste differenze:

244. *a)* La differenza caratteristica tra la condizione giuridica dello straniero e quella del cittadino sta nella natura diversa dei diritti privati o civili e dei diritti politici. Onde la necessità di definire esattamente questi due ordini di rapporti giuridici. Quali sono i diritti politici, e quali sono i diritti privati?

Oggidì non è più possibile di perdersi nelle erronee distinzioni di diritti naturali, diritti civili, diritti delle genti, in cui si è avviluppata per tanto tempo la dottrina e la giurisprudenza, segnatamente in Francia [1]. I diritti non possono giuridicamente dirsi tali se non sono protetti dalla legge: ed essi, o spettano all'individuo nella sua qualità

(1) Laurent, *Principes* ecc. I, n. 422 e seg. — Rocco, *op. c.* p. 51 e seg.

di membro di un dato consorzio politico, o spettano all' individuo nella sua qualità di uomo, di membro della universale famiglia umana. Nel primo caso, i diritti si dicono *politici*, e non competono evidentemente che al cittadino: nel secondo caso si chiamano *privati o civili*, espressioni sinonime, e sono attributo comune a tutti gli uomini.

245. I diritti politici sono vere funzioni pubbliche, e consistono nella facoltà di partecipare all' amministrazione e al governo della cosa pubblica nei modi e nei limiti stabiliti in ciascun paese dalle leggi di diritto pubblico I diritti politici, dice Chassat [1], riassumono la vita del cittadino come membro attivo della città: i diritti civili riassumono l'esistenza tutta intiera dell' uomo. La ragione che esclude lo straniero dal godimento dei diritti politici non consiste quindi in una incapacità naturale ad esercitare tali diritti, ma sta veramente nell'impossibilità che la medesima persona abbia nello stesso tempo più patrie, e nel fatto che, avendo ciascuna patria interessi distinti, non si può, senza contraddizione, far riposare sul medesimo capo qualità che si escludono a vicenda. *Duarum civitatum civis esse*, disse Cicerone, *nostro jure civili nemo potest.* Data dunque la divisione dell' umanità in vari stati o nazioni, non si può spingere il cosmopolitismo giuridico fino alla eguaglianza fra cittadino e straniero nell'esercizio dei diritti pubblici, senza mettere in pericolo l'autonomia e l'esistenza stessa delle nazioni. D' altra parte lo straniero non ha affatto bisogno del godimento di cotesti

(1) Mailher de Chassat, *op. c.* p. 196 e 200.

diritti: egli può esplicare tutte le sue facoltà, soddisfare a tutte le esigenze della vita, anche se non esercita funzioni pubbliche fuori della propria patria.

246. Abbiamo detto che lo straniero deve godere dei diritti privati, come il cittadino. Ora, quali sono precisamente i diritti privati o civili?

Il Bianchi definisce i diritti civili « quelle facoltà che si esercitano nei rapporti delle persone private *fra loro*, che e sono conferite dalla *legge civile*, dal *diritto privato* (1) ». Tale pure è il concetto che ne danno il Gianzana (2), il Fiore (3) ed altri (4). Con tutto il rispetto che

(1) Bianchi, *Corso elem. di Codice civile italiano,* I, n. 213.

(2) Gianzana, *Lo straniero,* ecc. I, n. 82.

(3) Fiore, *Diritto internazionale privato,* p. 281 e 287 (nota), edizione 3a.

(4) I compilatori del codice civile definirono anch' essi i diritti civili « dei quali soltanto si dà il godimento allo straniero » « *quei diritti di carattere meramente privato e di ragione individuale che concernono la famiglia e la proprietà e sono regolati dal codice* ». Marchi, *op. c.* t. I, p. 387.

Il nostro legislatore, ottemperando saviamente alla massima: « omnis definitio in jure periculosa » non ha seguito l' esempio di quei codici che definirono i diritti civili. Il Codice Austriaco dice all'art.° 1: « Il diritto civile è l'insieme delle leggi sui diritti e doveri privati dei cittadini. » Il Codice parmense portava: « Art. 12. I diritti civili sono quelli che la legge civile attribuisce allo stato di famiglia, di tutela, quelli che risguardano alla capacità di disporre e di ricevere per testamento o per donazione e di succedere ab intestato, e tutti quelli, per l' esercizio dei quali, è richiesta espressamente la qualità di cittadino ». Di queste definizioni la prima è una petizione di principio, la seconda è addirittura errata.

professiamo a questi insigni giureconsulti, ci pare che simile definizione non sia esatta. Per essa un diritto non sarebbe privato se non si esercitasse tra persone private, e non avesse il suo fondamento, la sua origine nella legge civile. Ora, vi sono molti diritti che non intercedono fra privati, e che non derivano propriamente dalla legge civile, i quali debbono senza dubbio classificarsi fra i diritti civili. Per esempio, i diritti nascenti dai contratti stipulati dallo Stato o da altre persone pubbliche coi privati o anche con corpi morali, i diritti dei privati e dei corpi morali ad essere indenizzati in seguito ad espropriazione per causa di pubblica utilità, o per danni cagionati da atti amministrativi o politici, e in alcuni paesi anche giudiziari, posti dallo stato stesso, sono diritti di ordine privato, benchè non intercedano fra privati, e benchè alcuni derivino da atti pubblici dello stato. Noi quindi pensiamo col Gabba che il diritto privato non si debba qualificare pel titolo su cui si fonda, nè per le persone fra le quali intercede, ma solamente per l'oggetto o contenuto del medesimo. Il Gabba, secondo il concetto romano e romagnosiano, pel quale il diritto è — un'utilità, una forza utile regolata — ha definiti i diritti privati « Tutte le pretensioni dalla legge riconosciute e in questa radicate a umane utilità, *in confronto di chicchessia, e per occasione di atti e fatti di qualunque specie, siano appartenenti alla vita dei privati, o siano atti e fatti proprio politici dello stato o di altre pubbliche persone* [1] ».

---

(1) Gabba, *Prolusione al corso di Diritto Civile,* p. 11 (Bologna 1888, estratta dall' Arch. giuridico).

Egli è adunque a ritenersi, soggiunge il Gabba, solo carattere veramente essenziale dei privati diritti, e solo distintivo essenziale di questi dai pubblici, l'indole dell' oggetto della giuridica pretensione, il cadere cioè questa su di una vera e propria umana utilità. Quando l'oggetto del diritto non è una vera e propria utilità umana, ma un bene di altra natura, impropriamente soltanto chiamata utilità, il diritto non è privato, anche se ad un privato individuo appartiene. Chi, per esempio, può dubitare che non sia diritto pubblico, piuttostochè privato, la giuridica pretensione ad un avanzamento d'impiego, ad una perequazione o ad un condono d'imposta? Reciprocamente, quando l'oggetto della pretensione è umana utilità, il diritto è civile o privato, anche se la persona, cui appartiene, non è un privato individuo ma lo stato od altra persona pubblica, come un comune od una provincia. Onde, per esempio, è diritto privato quello dello stato di esigere il prezzo delle cose da lui vendute o il fitto degli immobili locati da lui, perchè nell' atto di esigerle coteste utilità sono per lui quelle che sarebbero per ogni privato, ed hanno quindi in quell' atto e momento il carattere di umana utilità. Non è invece privato diritto, ma pubblico, quello dello stato di percepire le imposte, perchè queste sono bensì utilità, ma per lo stato soltanto, non avente alcun riscontro nella vita degl'individui, i quali nulla conseguir possono da altrui gratuitamente, se non per virtù di un dovere morale di una persona verso di un'altra, sanzionato dalla legge [1].

(1) Gabba, *op. e loc. c.* — Confr. anche le dotte Monografie

247. Da queste considerazioni risulta dunque chiaramente, che non è più possibile restringere la sfera del diritto privato alle sole relazioni private fra uomo e uomo, e che essa sfera, va continuamente allargandosi coll'abbracciare la numerosa, importantissima serie di diritti che l'individuo, naturale o morale, può esercitare verso lo Stato, in conseguenza delle svariate funzioni che questo compie nei tempi moderni. L'importanza di questo nuovo, o almeno, più ampio concetto del diritto civile si fa sentire anche nel diritto internazionale privato, poichè il principio dell'eguaglianza fra stranieri e cittadini deve trovare la sua applicazione, chiunque sia il titolare del diritto, persona naturale, persona giuridica, stato straniero; qualunque sia la natura dell'ente verso il quale si vuol far valere il diritto; qualunque sia la causa, privata o pubblica, del diritto stesso, tutte le volte che questo ha per contenuto, come dice il Gabba, un'utilità vera e propria dell'uomo.

Vedremo in seguito come questo modo di concepire il diritto privato sia fecondo di conseguenze pratiche importanti, e valga a risolvere molte questioni dibattute nella dotrina e nella giurisprudenza.

248. La legislazione italiana, accogliendo gli ultimi postulati della scienza, ha consacrato, come accennammo, il principio dell'eguaglianza fra cittadini e stranieri nel godimento dei diritti civili. « Lo straniero, dice l'art. 3° del Codice civile, è ammesso a godere dei diritti civili

---

dello stesso Autore: *Della responsabilità dello Stato — Dei danni di guerra refettibili — Della successione di Stato a Stato*, inserite nell'opera — *Questioni di Diritto civile*, (Torino 1882).

attribuiti ai cittadini ». Spiegheremo a suo luogo il vero significato di quest'articolo non troppo felicemente redatto: qui constatiamo che il legislatore nostro non esige dallo straniero alcuna condizione, nè di residenza o domicilio, nè di reciprocità, o altra qualsiasi pel godimento dei diritti civili, e che, indirettamente ma evidentemente, esclude lo straniero dal godimento dei diritti politici. È vero che di diritti politici il Codice civile non parla neppure a riguardo dei cittadini: ma ciò è naturale, dovendosi esso codice restringere alle sole regole di diritto privato. Del resto, benchè non sia oramai necessaria, (come è superfluo l'art. I° del Codice civile), l'affermazione che al cittadino spetta il godimento dei diritti politici, trovasi nello Statuto fondamentale del regno, il quale all'art. 24 dichiara: « Tutti i regnicoli godono egualmente dei diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalla legge ».

249. In attuazione di questi principi, sanzionati dallo Statuto e dal Codice civile italiano, tutte le nostre leggi speciali, che disciplinano le pubbliche funzioni, escludono dalle medesime gli stranieri. Quindi lo straniero non può essere deputato (1), giudice (2), giurato (3), notaio (4), procuratore (5), elettore politico (6), elettore e consigliere comunale (7) ecc.

(1) Statuto, art. 40.
(2) Legge sull'ordinamento giudiziario, art. 9.
(3) Legge 8 Giugno 1874, art. 2.
(4) Legge 25 maggio 1879, art. 5.
(5) Legge 8 Giugno 1874, art. 39.
(6) Legge 24 Settembre 1863, art. 1.
(7) Legge 20 Marzo 1865, art. 17, 25.

250. La nostra legislazione fa però un' eccezione singolare alla massima, ricevuta come assioma in tutti i paesi, escludente lo straniero dal godimento dei diritti politici.

La legge comunale e provinciale dispone che « sono equiparati ai cittadini dello stato per l' esercizio del diritto contemplato nel presente articolo (diritto elettorale amministrativo) i cittadini delle altre provincie del regno, *ancorchè manchino* della naturalità (art. 17) ».

E la vigente legge elettorale politica dice all' articolo 1°: « Per esser elettore è richiesto il concorso delle seguenti condizioni: 1° Di godere per nascita o per origine dei diritti civili e politici del regno. Quelli che nè per l' uno, nè per l' altro degli accennati titoli, appartengono al regno, *se tuttavia italiani*, partecipano anch'essi alla qualità di elettori, ove abbiano ottenuta la naturalità per decreto reale, e prestato giuramento di fedeltà al Re. I *non italiani* possono entrare nel novero degli elettori solo ottenendo la naturalità per legge ».

251. Dunque per noi vi sono, si può dire, due classi di stranieri: quelli appartenenti al *territorio*, ma non al *regno* italiano, e quelli appartenenti ad altre nazioni. I primi godono dell' elettorato amministrativo anche senza naturalità, e possono divenire elettori politici colla semplice naturalità ottenuta per decreto reale: gli altri non possono godere di questi diritti che divenendo cittadini italiani colla naturalità conceduta per legge. Ma chi deciderà se un individuo, non cittadino italiano, è *italiano* o *non italiano*, secondo l' espressione della nostra legge elettorale politica? La geografia!

252. Se gli stranieri non godono dei diritti politici è giusto che neppure sieno sottoposti agli obblighi, che derivano direttamente dalla qualità di cittadini, verso la propria patria; molti dei quali obblighi sarebbero anzi incompatibili colla qualità di straniero e coi doveri che lo straniero mantiene col suo paese, anche se egli risiede all' estero (1). Onde le leggi e le convenzioni internazionali escludono, in generale, gli stranieri dall' obbligo del servizio militare, degli alloggi, requisizioni militari, contribuzioni di guerra, prestiti forzati, e simili prestazioni costituenti veri e propri doveri politici, e quindi imponibili solamente ai cittadini. Sarebbe p. e. assurdo, crudele e immorale che uno straniero fosse obbligato a combattere per una causa a lui indifferente, o a portare le armi contro la propria patria (2).

253. *b)* La condizione giuridica dello straniero si differenzia in secondo luogo da quella del cittadino per alcune restrizioni nel godimento di certi diritti di natura indubbiamente privata La nostra legislazione, per esempio, benchè sia la più liberale che esista, dispone (art. 788 del Codice civile) che lo straniero non può fare da testimonio in un testamento se non risiede in Italia. E la legge notarile (articolo 42) hà estesa questa condizione di residenza a tutti gli atti in genere. Il Codice della marina, mercantile poi (art. 40 e 41)

---

(1) Esperson, *Le Droit international privé dans la législation italienne*, p. 15. — Legge sul reclutamento militare del 1876, art. 5: Legge sul reclutamento della marina militare del 1871, art. 3.

(2) Bluntschli, *Droit int. codifié*, art. 391.

stabilisce che per ottenere l'atto di nazionalità le navi devono appartenere a cittadini dello stato od a stranieri che vi abbiano *domicilio* o *residenza* da cinque anni almeno. Tuttavia gli stranieri, anche non domiciliati, nè residenti nello stato, potranno partecipare alla proprietà delle navi nazionali fino alla concorrenza di un terzo. Gli stranieri non domiciliati nè residenti da cinque anni nello stato, che per qualsiasi titolo acquistano la proprietà di una nave italiana per una quòta di carati maggiore del terzo, devono, entro il termine di un anno, fare il trapasso dell'eccedente a persona avente le qualità volute da questo codice. Nessuna nave itàliana, eccetto il caso di vendita giudiziale, potrà essere venduta a persone straniere, non aventi i requisiti per essere proprietarie di navi italiane, senza il permesso di dimissione della bandiera, da concedersi nello stato dall'autorità consolare.

254. Queste eccezioni, se si possono giustificare con considerazioni di ordine politico, o d' interesse generale, dimostrano però che la formola recisa ed assoluta dell'articolo 3 del Codice civile italiano non è esatta. Più correttamente il Codice olandese [1], e il progetto dell'istituto di Diritto internazionale [2] aggiungono al principio dell'eguaglianza dello straniero e del cittadino nel godimento dei diritti civili la clausola « salve le contrarie disposizioni di legge [3] »

(1) *Disposizioni generali al Codice olandese*, art. 9.

(2) *Annuaire*, loc. cit.

(3) Il progetto *Pisanelli* del Codice civile italiano diceva anch' esso all'art. 3: « Lo straniero è ammesso nel Regno al godimento dei diritti civili attribuiti ai cittadini, *salve le speciali eccezioni* » Ma questa restrizione fu tolta dalla Commissione coordinatrice.

255. *c)* La condizione giuridica dello straniero diversifica infine da quella del cittadino pel fatto che molti suoi diritti, come quelli che riguardano lo stato personale, i rapporti di famiglia, le successioni, le donazioni, i beni mobili, sono regolati dalla legge dello stato a cui appartiene (articoli 6, 7, 8, 9, Disp. prelim. al Codice civile italiano). Ora, l'applicazione di una legge piuttostochè di un'altra può produrre la conseguenza che lo straniero goda o non goda di alcuni diritti civili attribuiti ai cittadini, o ne goda in misura o sotto condizioni diverse.

Laonde non crediamo fondata la teorica sostenuta dal Gianzana, per la quale gli stranieri « hanno diritti uguali ai regnicoli, non *maggiori* o *diversi* »; da cui il medesimo autore deduce la regola; « davanti i tribunali sarà negato allo straniero l'esperimento di diritti che non sarebbero dal cittadino esperibili [1] ».

256. Per poco che si rifletta alle grandi differenze legislative in materia di diritto o statuto personale, si accorge subito come spessissimo lo straniero possa esercitare diversi e maggiori diritti che il cittadino. Il diritto a divenire maggiore prima o dopo l'età stabilita dal nostro codice civile, il diritto di riconoscere e legittimare i figli nati fuori di matrimonio, il diritto di adottare, di esercitare la patria potestà, di testare, di godere l'usufrutto legale, tutti questi ed altri consimili diritti civili, detti personali, possono o non possono essere attribuiti in misura maggiore o minore di quanto stabilisca il nostro codice civile. Applicando logicamente la teorica del

(1) Gianzana, *op. c.* parte II, p. 167, 168.

Gianzana, la donna maritata straniera, cui le leggi patrie permettono l'alienazione di beni immobili senza l'autorizzione maritale, non potrebbe in Italia operare simile atto perchè eserciterebbe un diritto maggiore di quello riconosciuto alla donna maritata italiana; e invece, uno straniero che non goda, secondo la sua legge, l'usufrutto sui beni del figlio durante la patria potestà, potrà godere di questo diritto in Italia perchè egli deve avere diritti *eguali* al cittadino.

257. Basta accennare a queste conseguenze per dimostrare che il limite posto dal Gianzana al godimento dei diritti civili per parte degli stranieri è affatto arbitrario, e distruggerebbe tutto il sistema del diritto internazionale privato sancito dal nostro legislatore. Questi non ha voluto fare questione di più o di meno nell'accordare agli stranieri la partecipazione dei diritti civili. Il primo progetto di revisione del Codice albertino diceva all'articolo 34: « Lo straniero gode nello stato dei diritti attribuiti ai cittadini dalle leggi civili, per quanto non contrastano all'esercizio dei medesimi le leggi che determinano la sua capacità personale, e salve le altre eccezioni stabilite dalla legge, ». Sul quale articolo osservava il Supremo Tribunale di revisione di Modena, che se la capacità personale degli stranieri fosse regolata dalle leggi estere « la legge sarebbe *improvvida*, perchè lo straniero in questo caso sarebbe *favorito più del cittadino* [1] ». Fortunatamente il nostro legislatore non accolse gli scrupoli del Magistrato modenese, e non pose nessuna restri-

(1) Marchi, *op. c.* I, p. 331.

zione, nè stabilì alcuna misura agli stranieri pel godimento dei diritti civili. Questi godono di tutti i diritti privati loro attribuiti dalle leggi patrie, sieno o non sieno cotesti diritti riconosciuti ai cittadini. L'unico limite è l'ordine pubblico internazionale. Finchè il diritto dello straniero non offende le leggi che tutelano questo ordine pubblico, deve essere rispettato [1]. Del resto la cosa è tanto evidente che lo stesso Gianzana nella sua dotta opera interpreta sempre in questo senso l'articolo 3° del Codice civile, malgrado la regola che abbiamo creduto di confutare.

258. Però, se questo è il vero significato dell'articolo 3° del Codice civile, perchè così richiedono evidentemente la ragione e l'intenzione del legislatore, non si può negare che la dizione del medesimo non corrisponda affatto al concetto giuridico che doveva esattamente formulare.

Poichè, se questo articolo si prende isolato, o si mette in relazione coll'articolo primo, esso dice alla lettera, che straniero e cittadino godono degli *stessi* diritti civili, ossia che una perfetta assimilazione o eguaglianza corre fra gli uni e gli altri. Ora, come abbiamo di sopra dimostrato, cotesta completa eguaglianza giuridica non può esistere. Per ottenerla, bisogna far regolare dalla legge nostra tutti i diritti civili dello straniero. Ma allora si sopprime il diritto internazionale privato. Perchè questo consiste, come notava il Savigny [2], e ripeteva il Laurent [3]

(1) V. sopra, lib. II. c. 2.

(2) SAVIGNY, *op. c.* vol. VIII, § 368.

(3) LAURENT, *Le Droit civ. int.*, I, n. 38.

non nell'assimilazione del cittadino e dello straniero, ma nell'applicazione della legge nazionale o straniera secondo la natura di ciaschedun rapporto giuridico. Insomma, il principio dell'eguaglianza o parificazione della condizione giuridica dello straniero a quella del cittadino, consiste nella eguaglianza o parificazione delle leggi straniere e nazionali: la quale eguaglianza porta, naturalmente e spesso, molte disuguaglianze nella misura dei diritti da esse leggi rispettivamente garantiti agli stranieri e ai cittadini. Anche qui, dunque, si può applicare il principio di filosofia sociale: che l'eguaglianza consiste nel rispetto delle diseguaglianze naturali.

259. Ciò posto, conveniamo col Fiore [1], che la dizione dell'articolo 3 non è troppo felice. Quest' articolo ha un precedente nell'articolo 9 delle disposizioni generali al codice olandese, il quale dice: « Il diritto civile del regno si applica indistintamente agl' indigeni e agli stranieri, salvo che la legge non abbia espressamente stabilito il contrario ». Ma, malgrado la somiglianza della formola, la sostanza di queste due disposizioni è profondamente diversa, perchè il Codice olandese fu promulgato in un' epoca (1838) in cui la scienza del diritto internazionale privato non aveva ancora proclamato in modo così assoluto il principio della estraterritorialità delle leggi di diritto civile. Quel Codice segnò, pel suo tempo (nel quale si negava allo straniero, o si sottoponeva a mille restrizioni, il godimento dei diritti civili), un

(1) Fiore, *op. c.* I, n. 291.

immenso progresso [1]: ma il legislatore italiano del 1865, che accolse i voti della scienza moderna, non doveva adoperare una formola che può interpretarsi come quella del codice olandese, cioè che lo straniero sia soggetto alle leggi civili locali come il cittadino.

260. Del resto, *non oportet jus civile calumniari;* se la formola dell'articolo 3 del codice civile italiano non è precisa, il senso non è per questo meno chiaro e altamente liberale. Interpretato, come devesi interpretare, in correlazione cogli articoli 6 a 12 delle disposizioni preliminari, alle quali doveva essere anteposto non posposto, esso significa: che allo straniero sono riconosciuti tutti i diritti privati appartenenti alla sua personalità, e che cotesti diritti sono regolati dalla sua legge nazionale, o da quella più naturalmente competente a disciplinare ciascuno dei diritti medesimi, secondo i criteri stabiliti dal nostro legislatore nelle *disposizioni preliminari*. Significa inoltre, che lo straniero gode dei diritti civili attribuiti ai cittadini, quand' anche la legge nazionale ingiustamente glieli negasse: uno, schiavo secondo la legge del suo paese, sarebbe libero in Italia.

261. A questo articolo si fa anche da alcuni l'appunto di avere adoperato la parola godere invece che *esercitare* i diritti civili, ritenendo che queste due parole abbiano un significato affatto diverso. Il Saredo si meraviglia che i compilatori del codice abbiano confuso

---

(1) Vedi sull' attuale interpretazione dell' art. 9 del Codice olandese, ASSER, *Observation sur un passage de* M. Foelix *concernant le Droit neerlandais* (Revue de Droit int. t. I, p. 113).

il godimento coll'esercizio dei diritti. « Tutti sanno, soggiunge, che il godimento dei diritti è cosa distinta dall' esercizio: non solo lo straniero gode fra noi i diritti civili, ma li esercita; quanto al godimento egli lo ha anche nei paesi in cui glie ne è negato l'esercizio (1) ». Secondo il Gianzana invece, il legislatore avrebbe pensatamente detto godimento non esercizio, per significare che, se in astratto, in potenza, allo straniero si comunicano tutti i diritti propri del cittadino italiano, nell' esercizio, esso incontra limitazioni provenienti o dalla sua legge nazionale o dalla legge territoriale (2).

262. Noi crediamo col Fiore che, in diritto internazionale, questa distinzione non abbia valore alcuno, e che la parola godimento, includa anche quella di esercizio. La questione sul significato legale di questa parola fu sollevata fin dall'epoca dei lavori preparatori del Codice Albertino. Il Senato di Nizza proponeva di cangiare la parola godimento in quella di possesso adoperato nell'articolo 18 del Codice Albertino. Ma la Commissione legislativa rispondeva che il vocabolo godimento, stato ammesso nei buoni lessici per corrispondenza al francese *jouissance*, ed usato come tale nella versione autentica fatta in Italia del codice civile francese, ed in seguito anche nel codice delle due Sicilie, ha quanto al significato legale forse maggiore proprietà che *possesso* od *esercizio*. Poichè della prima di queste voci i giuristi non usano

(1) SAREDO, *Saggio sulla Storia del Diritto int. privato,* p. 227 (nota).

(2) GIANZANA, *op. c.* I, n. 83.

comunemente che nel parlare di cose materiali, e non dei diritti incorporei pei quali si è introdotta la voce di *quasi possesso*. Ed innoltre godimento, conservando tutta la sua analogia col verbo *godere*, esprime un'idea più piena ed abituale del semplice *esercizio*, che sembra un' idea accidentale (1). L' origine tradizionale di questa espressione, in materia legale, ci autorizza dunque a ritenere che essa significhi non solamente una semplice attribuzione astratta di un diritto ad una persona, ma l' uso effettivo del medesimo: in altri termini, riteniamo che godere comprenda la facoltà di esercitare un diritto, non essendovi diritto senza la facoltà di esercitarlo. Ecco perchè noi abbiamo adoperato indifferentemente queste due espressioni, e perchè pensiamo che in questo punto l' articolo 3 del codice civile italiano non meriti censura alcuna.

263. Ora, che abbiamo analizzata l'indole dei diritti civili e politici e spiegato il senso che in diritto internazionale ha il principio dell' eguaglianza fra cittadini e stranieri, la condizione giuridica di questi ultimi resta esattamente definita. Noi quindi non discenderemo a fare una enumerazione particolareggiata di tutti i diritti civili riconosciuti allo straniero, bastando la regola generale, che lo straniero non è privato che dei diritti politici, e di alcuni lievi diritti civili tassativamente indicati dalla legge (n.° 253): nel resto esso gode di tutti i diritti privati connaturali all' umana personalità.

Però, siccome ci sono alcuni diritti sulla cui natura

---

(1) Marchi, *op. c.* I, p. 174-5.

civile e politica si disputa, così noi esamineremo con qualche cura i principali casi nei quali si possono sollevare dubbi se un determinato diritto appartenga o non appartenga allo straniero.

Ci occuperemo quindi, in paragrafi speciali, del Diritto di soggiorno, di riunione, di associazione, di petizione e degli altri diritti che hanno attinenze strette coll'ordine pubblico internazionale.

---

§ 2. — *Diritto di soggiorno. — Espulsione.*

SOMMARIO.

264. Il diritto di soggiorno e di espulsione. — 265. Attinenze fra il diritto di espulsione e di estradizione. — 266. Campo e limiti delle nostre indagini. — 267. Opinioni degli scrittori. — Si possono dividere in tre gruppi. — 268. Primo gruppo. Klüber, Vattel, Martens, Rocco ecc. — 269. Secondo gruppo. — 270. Bluntschli. — 271. Scrittori italiani. — 272. Bar. — 273. Terzo gruppo. — 274. Romagnosi. — 275. Pinheiro-Ferreira. — 276. Cipelli. — 277. Bianchi Ferdinando. — 278. Legislazione comparata. — 279. Leggi sull' espulsione considerata come pena. — 280. Leggi sull' espulsione considerata come misura di polizia. — Inghilterra. — 281. Germania. — 282. Russia, Spagna, Portogallo, Svezia, Italia. — 283. Francia. — 284. Danimarca. — 285. Austria. — 286. Svizzera. — 287. Belgio. — 288. Olanda. — 289. Lussemburg. — Romania. — 290. Riassunto. — Garanzie stabilite nei diversi paesi. — 291. I Trattati. — 292. Quesiti cui da luogo il Diritto di soggiorno. — 293. Diritto di locomozione. — 294. Il diritto di soggiorno è un diritto privato non politico. — Ragioni desunte dalla sua intima natura. — 295. Ragioni desunte dallo scopo dello stato. — 296. Il Diritto di soggiorno

non si deve confondere coll' ospitalità. — 297. Diritto di emigrazione. — 298. Regola del Fiore in proposito. — 299. Se il Diritto di soggiorno sia considerato un diritto civile o privato dalla legislazione italiana. — 300. Valore dell' argomento tratto dal diritto di domicilio. — 301. E dal diritto di residenza e dimora. — 302. Ragioni dedotte dai principi generali di diritto e dalla legislazione positiva per escludere il diritto arbitrario di espulsione. — 303. Continuazione. — 304. Quali mezzi abbia in Italia lo straniero per fare revocare un decreto illegale di espulsione. — Giurisprudenza di altri paesi. — 305. Opinioni di Cipelli, Bianchi, Malgarini. — 306. Mezzi di reclamo ammissibili — Rinvio. — 307. Se il diritto di espulsione sia in qualche caso legittimo. — 308. La necessità giustifica l' espulsione dello straniero. — 309. Continuazione. — 310. La espulsione ha il carattere di pena. — 311. Inconvenienti e pericoli derivanti dall' affidare al potere politico il diritto di espulsione. — 312. Imbarazzo che questo sistema può portare al governo. — 313. Buone ragioni di Pinheiro-Ferreira. — 314. Ulteriori ricerche intorno alla questione dell' espulsione. — 315. Riepilogo dei casi in cui le leggi e la giurisprudenza ammettono il diritto di espulsione. — 316. Casi eccezionali di espulsione secondo Bar, Holtzendorff, Haenel. — 317. Si enumerano tassativamente i casi in cui è lecita l' espulsione. — 318. Giustificazione delle regole date per ciascun caso. — Stranieri condannati nello stato. — 319. Stranieri condannati all' estero. — 320. Eccezione pei condannati per reati politici. — 321. Emigrazioni straordinarie. — 322. Guerra dichiarata. — 323. L'espulsione non è ammissibile in via di ritorsione o rappresaglia. — 324. Nè nei casi eccezionali previsti dal Bar. — 325. Ideale dell' istituto dell' espulsione. — 326. Motivi pei quali l' Istituto di Diritto internazionale non si è occupato di questo argomento. Voto perchè lo si discuta prossimamente. — 327. L' Espulsione nella legislazione italiana. — 328. Progetto Depretis. — 329. Progetto Crispi. — 330. Apprezzamento di

264. Il diritto internazionale moderno tende, come abbiamo visto, a riconoscere la personalità giuridica dello straniero e a parificarla completamente, nella sfera del diritto privato, a quella dei cittadini. Onde, in virtù di leggi o di pubblici trattati, oggi l'uomo può in quasi tutti i paesi civili del mondo acquistare, esercitare e difendere giudizialmente i diritti privati, salva la prevalenza delle leggi territoriali di ordine pubblico internazionale.

Ma, d' altra parte, si ammette dalla maggioranza degli scrittori, e si pratica da quasi tutti gli stati il diritto di espellere gli stranieri. Come si conciliano queste massime opposte? È veramente legittimo il diritto di espulsione?

La risposta non è facile, perchè dipende dalla risoluzione di parecchie questioni, ardue di loro natura, e rese ancora più intricate dal elemento politico che quasi sempre si infiltra e domina nelle medesime. Il diritto di espulsione si connette naturalmente, da una parte, al diritto spettante allo stato di ammissione, di asilo e di estradizione degli stranieri, e dall' altra al diritto dell'uomo di emigrazione e di immigrazione, al diritto di passaggio e al diritto di soggiorno, o come altri chiama erroneamente, d' *incolato*, fuori del territorio della patria.

265. Noi non ci occuperemo in questo paragrafo che del diritto di soggiorno, toccando degli altri diritti solo quanto lo renda neccessario l' attinenza dell' argomento e la chiarezza della discussione. Rinviamo a sede più op-

portuna anche la trattazione dell' estradizione, poichè, sebbene questo istituto abbia analogia e contatti con quello dell'espulsione, perchè entrambi hanno per effetto di allontanare dal territorio uno straniero, pure si fonda sopra motivi diversi, esige diverse condizioni ed è quindi governato da norme diverse.

Diffatti l'estradizione suppone un condannato, o almeno un accusato, e il consenso espresso o tacito degli stati di farsene la consegna: e si fonda sulla solidarietà degli stati nella punizione dei reati, e sulla necessità sociale che il delitto non resti impunito in alcun angolo della terra. Essa fa quindi propriamente parte del diritto internazionale penale. Invece la espulsione non suppone, necessariamente, alcune di coteste condizioni, nè tende a cotesti scopi. L'espulsione è un atto volontario, unilaterale dello stato, col quale, nel solo proprio interesse, esso allontana dal suo territorio uno straniero, per misura, come dicesi, di alta polizia. Simile misura rientra perciò anche nel nostro campo, in quanto tocca, e alcune volte sopprime, uno dei dirittti fondamentali dell'uomo, e quindi un diritto privato; il diritto di andare e soggiornare dove egli crede più conveniente alla sua felicità.

266. Noi quindi ci proponiamo di esaminare da questo punto di vista, e tenendoci sempre nella sfera serena della scienza, se il diritto di soggiorno sia un diritto privato o politico, e se, quando, e a quali condizioni si possa legittimare il diritto di espulsione. E anzitutto prepareremo gli elementi alle nostre indagini, raccogliendo su questo argomento e comparando le opinioni dei principali scrittori, e le disposizioni legislative degli stati civili.

267. Gli scrittori che si sono occupati di questo argomento si possono dividere in tre gruppi:

1.° Di quelli che ammettono puramente e semplicemente negli stati il diritto di espulsione, come una logica conseguenza dell'assoluto dominio territoriale (jus imperii);

2.° Di quelli che ammettono questo diritto, ma sotto maggiori o minori condizioni e guarentigie per la libertà individuale;

3.° Di quelli che negano, in via di regola, allo stato il diritto di espulsione, pel principio che il diritto di soggiorno è un diritto privato inviolabile.

268. *A)* Oggidì non si trovano più scrittori i quali affermino apertamente che gli stati abbiano il diritto assoluto di negare allo straniero l' ingresso nel territorio, e di espellerlo, se vi entra, pel semplice motivo che ciascuno stato è padrone assoluto nel proprio territorio. Questa massima derivava dalla teorica dello stato di natura, secondo la quale gli stati vivevano naturalmente isolati l' uno dall' altro, senz' altri vincoli che quelli nascenti dalle convenzioni o dalla comitas gentium: teorica fortunatamente oramai abbandonata. Tuttavia coloro che fra i moderni considerano il diritto di espulsione come una misura di alta polizia, vengono implicitamente ad accettare la dottrina di Klüber (1), di Vattel (2), di Martens (3) e degli altri che tale teorica sostennero.

« Le Souverain, dice Vattel, peut défendre l' entrée

(1) Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe,* § 79 (Paris 1831).

(2) Vattel, *Le Droit des gens*, I. § 94-100 (Paris 1856).

(3) Martens, *Precis de Droit des gens*, I, § 84 (Paris 1858).

de son territoire, soit en général à tout étranger, soit en certaines cas, ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires en particulier, selon qu' il le trouve *convenable* au bien de l'État ». E Martens insegna che « dans aucun cas l' étranger ne peut avoir le *droit* de s' établir dans un autre état contre *le gré* de celui-ci ». — Nè dissimile è l' opinione del Rocco, secondo il quale « il sovrano del regno può, qualunque volta tanto richieda la sua *saviezza*, ingiungere agli esteri di escire del suo territorio: può comandare ch' ei si spoglino delle loro proprietà poste nel regno » (1). Ora, se il soggiorno dello straniero nel territorio di uno stato dipende dalla convenienza o dal piacere o dalla saviezza di questo, non esiste vero diritto di soggiorno: come non esiste se si può far cessare con un semplice provvedimento di polizia, anch' esso sempre dettato o dalla convenienza o dall' arbitrio, giusto quanto si sostiene e si pratica attualmente in alcuni paesi.

269. *B)* La grande maggioranza degli scrittori di tutti i paesi, accorda allo stato il diritto di espellere gli stranieri, per misura di polizia; ma esige, chi più chi meno, cause gravi e serie guarentigie di procedura (2).

270. Bluntschli ha formulato in proposito le seguenti regole:

---

(1) Rocco, *Trattato di diritto civile internazionale,* IX, p. 89.

(2) Phillimore, *op. c.* p. 233. — Bluntschli, *Droit int. codifiè,* art. 381-84. — Bulmerincq, *Handbuch des öffentlichen Rechts,* I, p. 206; II, p. 240. — Holtzendorff, *Rechtslexicon,* I, p. 215 (ed. 3a). — Desjardins, *L'éxpulsion des ètrangers* (Revue des deux mondes, 1882, p. 657 e seg.) — Fiore, *Diritto internazionale pubblico,* I, n. 480 e 684; III, n. 1573: *Diritto internazionale privato,* I, n. 289: *Droit*

Nessuno stato ha il diritto d'interdire in modo assoluto agli stranieri l'entrata nel suo territorio: ma esiste il diritto d'interdire l'entrata a certi stranieri per motivi politici o giudiziari (art. 381 e 382).

Ciascheduno stato è autorizzato ad espellere per motivi di ordine pubblico gli stranieri che risiedono temporaneamente sul suo territorio. Se essi vi hanno stabilito un domicilio fisso, hanno diritto alla protezione delle leggi pel medesimo titolo che hanno i nazionali (art. 383).

Quando un governo interdice senza motivi l'entrata nel territorio ad uno straniero debitamente riconosciuto, e lo espelle senza causa e con forme vessatorie, lo stato, di cui questo straniero è cittadino, ha diritto di reclamare contro questa violazione del diritto internazionale, e di domandare, occorrendo, una soddisfazione (art. 384).

Bluntschli constata poi l'uso quasi generale di espellere gli stranieri con semplici misure amministrative, senza che le persone colpite da queste misure possano ricorrere ai tribunali. Egli giustifica implicitamente questo uso, non accordando altro diritto alla parte lesa, che quello di « domandare aiuto e protezione al console o di provocare l'intervento dell' inviato del suo paese ».

---

pénal international, I, ch. III. — ESPERSON, *Le Droit international privé dans la legislation italienne,* p. 8. — SAREDO, *op. c.* p. 11. — BIANCHI FRANCESCO, *Corso elem. di Codice civile,* I, n. 21. — GIANZANA, *Lo straniero,* I, n. 79. — FUSINATO, *Introduzione* ecc., par. II, p. 63. — CATELLANI, *op. c.* II, n. 335-344. — GARNOT, *Condition de l'étranger dans le droit public francais,* p. 45 e seg. — BAR, *L'expulsion des étrangers* (Journal du droit int. privé, 1886, p. 1 e seg.)

271. La generalità degli scrittori italiani, fra i quali il Bianchi Francesco, il Fiore, l'Esperson, il Gianzana, considerano il diritto, detto d'incolato, come un diritto politico e perciò spettante solamente al cittadino. Ammettono per conseguenza che lo straniero possa essere espulso dal territorio con provvedimento amministrativo e per motivi di ordine pubblico. Questi autori esaminano la questione segnatamente dal punto di visita del diritto positivo italiano, e ritengono che l'alticolo 3 del Codice civile, che attribuisce anche agli stranieri il godimento del diritto civili, non abbia accordato però ai medesimi il diritto di soggiorno. Scrive il Bianchi Francesco: « I signori Astengo, De Foresta, Gerra, Spanna, Vaccarone nel loro commento all'art. 3 del Codice civile, ci attestano che, sebbene il processo verbale della Commissione non ne faccia menzione, fu ritenuto che tra i diritti politici riservati ai soli cittadini vi fosse quello di non potere essere espulso dal territorio del regno in via amministrativa, o di pubblica sicurezza. E, indipendentemente anche da ciò che la Commissione abbia ritenuto, par certo che l'avere la nostra legge fatti partecipi dei diritti civili anche gli stranieri non possa attribuire ad essi un diritto che esce per sua natura dalla sfera ristretta del diritto privato, riguardando a rapporti che passano tra private persone e il governo, non già da privato a privato ». Anche pel Fiore il diritto d'incolato è un diritto politico spettante solamente al cittadino: ma egli ammette anche nello straniero il diritto di entrare e rimanere nel territorio dello stato e di non esserne espulso che per « un plausibile motivo d'interesse pubblico, e per una pubblica

necessità ». Egli poi vorrebbe delle guarentigie serie, onde le autorità amministrative non abusassero della facoltà di espulsione.

272. Il Bar sembra ammettere in principio che lo straniero abbia un vero e proprio diritto di soggiorno: « Pour nous, egli scrive, l'étranger a un *véritable droit* a séjourner sur le territoire d' un état autre que celui dont il reléve, tout au moins lorsqu' il y a été admis ou bien lorsqu' il remplit les conditiones dont la loi fait, une fois pour toutes, dépendre son admission ». Ma egli subordina il diritto di soggiorno alla concessione d'immigrazione libera e revocabile per parte degli stati, cosichè quel diritto, in fondo, riposa pel Bar sopra una specie di contratto, e sulla *bona fides*, per cui uno stato non può ritirare, senza gravi motivi, il permesso di soggiorno, altrimenti farebbe cadere gli stranieri in una trappola, secondo l' espressione di Vattel: « Le souverain nè peut accordar l' entrée de ses États pour faire tomber les étrangers dans un piège ».

Dato al diritto di soggiorno questo carattere *ipotetico*, il Bar insegna che l'espulsione, per essere legittima, deve essere moderata da un duplice temperamento. L' uno di pura forma: lo stato che ricorre all' espulsione deve invocare dei motivi atti a giustificarla. L' altro di sostanza: l' espulsione deve essere conforme alle tradizioni e ai principi del diritto delle genti.

Le tradizioni e i principi delle genti esigono che lo straniero non possa essere espulso:

1° Che a motivo della sua condotta o della mancanza d' ogni mezzo di esistenza:

2° Che sotto l' impero di una necessità politica, al principio o nel corso di una guerra, nell'occasione di un ingrandimento territoriale.

Il Bar, passando a sviluppare questi principi, dimostra come, nella prima ipotesi, uno stato abbia il diritto di non lasciare sul suo territorio gli stranieri delinquenti, indigenti, coloro che non rispettano le leggi territoriali e le condizioni imposte al loro soggiorno. E quanto alla seconda ipotesi, spiega come la presenza sul territorio di uno stato di stranieri appartenenti ad altro stato col quale il primo sia o stia per entrare in guerra possa essere dannosa e pericolosa tanto al governo ospitante che agli ospiti; onde l' espulsione diventa legittima. Il Bar fa un' altra applicazione curiosa di questo secondo principio. Suppone che, in seguito ad un trattato di pace permettente agli abitanti di un territorio ceduto la facoltà di conservare la nazionalità dello stato cedente, quasi tutti gli abitanti usino di questa facoltà. In tal caso, afferma il Bar, il solo mezzo pel quale lo stato cessionario possa lottare con successo contro una violazione così flagrante dell' istrumento diplomatico che ha accresciuto il suo territorio, è l' espulsione degli abitanti ribelli alla sua dominazione. Infine il Bar ammette l' espulsione per gli stranieri che, anche dopo un lungo soggiorno, si astengono di domandare la cittadinanza per isfuggire i pesi pubblici, segnatamente l' imposta del sangue, e quelli che non possono giustificare alcuna nazionalità, e non vogliono accettare la cittadinanza locale.

Conclude l' illustre autore, invocando guarentigie alla libertà individuale contro l' arbitrio amministrativo:

guarentigie che egli concreta nella facoltà dell'espulso di potere ricorrere, tranne i casi di guerra o di un trattato di pace, entro un termine di ragione al potere giudiziario per annullare, come insufficientemente giustificato, l'ordine di espulsione emanato dalle autorità amministrative. « Limiter en cette matiere l'arbitraire administratif par le droit, voilà le problème qui veut être résolu [1] ».

273. C. Alcuni scrittori hanno recisamente negato il diritto di espellere gli stranieri, sostenendo che il diritto di incolato o di soggiorno è un diritto civile o privato, e quindi comune anche agli stranieri.

274. Romagnosi nella *Scienza delle costituzioni* dedicò due capitoli alla « tutela pubblica dello straniero » tutela che fa consistere nell'*ospitalità* e nella *protezione*. Egli vorrebbe che il precetto dell'ospitalità fosse consacrato in tutte le costituzioni, e si praticasse verso tutti gli stranieri, qualunque ne fosse l'origine, la condizione e la religione. Al quale scopo formola la sua dottrina nei cinque articoli seguenti:

1° Che tutti gli atti dello stato civile siano fatti dagli agenti della pubblica autorità, e siano conosciuti dalla legge come operativi di diritto per qualunque forestiere, senza che vi si mescoli alcuna pratica o alcun ministero religioso:

---

(1) Bar, *op. c.* p. 8-15. — Holtzendorff, ammette il diritto di espulsione per *ritorsione e rappresaglia* (*op. c.* I. p. 215-6 ed. 2.ª) — Bulmerincq, dice (*op. c.* II, p. 245) « L'espulsione illimitata è contraria al diritto: al contrario l'espulsione limitata è legittima ».

2.° Che la libertà di coscienza, d'industria e di commercio del forestiere sia inviolabile e guarentita da tutte le forze delle leggi e delle costituzioni:

3° Che la sicurezza delle persone, della proprietà e delle contrattazioni sia interamente eguale pel cittadino e pel forestiero:

4° Che vi sia un tutore nato pel forestiero non ancora domiciliato secondo la legge:

5° Che la protezione contro la persecuzione esterna, religiosa o politica, sia forte, universale e costante.

Il Romagnosi insiste calorosamente sopra questi doveri e specialmente su quello di proteggère i rifugiati perseguitati, distinguendo però gli oppressi dai delinquenti, pei quali ultimi ammette anzi il dovere dell'estradizione, o come egli lo chiama, di *reciprocazione* in materia criminale (1).

275. Più esplicito nel negare, di regola, allo stato il diritto di vietare l'ingresso nel territorio allo straniero, o di espellerlo è il Pinheiro-Ferreira. Nelle sue *Note* al Vattel e al Martens e nel suo *Corso* di Diritto pubblico, egli sostiene vigorosamente la tesi che l'uomo ha il diritto di emigrare liberamente in qualunque stato diverso del suo.

Se vi ha una verità evidente, egli dice, è senza dubbio il principio di diritto universale, che nessuno è in diritto di opporsi alla volontà degli altri a meno chè non offenda la sua sicurezza, la sua libertà e la sua

(1) ROMAGNOSI, *Scienza delle costituzioni*, t. II, p. 497 (ed. Bastia, 1848).

proprietà. La legge delle leggi, il rispetto delle libertà dell'uomo può essere invocata da pertutto. Non è dunque che per una flagrante violazione dei diritti imperscrittibili dell'uomo che la legge di un paese può conferire al governo il potere discrezionale senza controllo di espellere lo straniero, o di vietare al medesimo l'entrata nel territorio. Votando una simile legge, il legislatore ha abusato del suo mandato, che gli comandava di difendere e di proteggere i diritti naturali dell'uomo, divenuto membro della società, finchè l'esercizio sarà compatibile coi diritti di tutti. Il vincolo della città è la volontà espressa o tacita di sottomettersi a cotesta sola condizione; e questa volontà lo straniero la manifesta in modo ancor meno dubbio che la maggioranza degli abitanti nati e domiciliati nel paese. « Nulle différence donc entre eux, conclude il Pinheiro-Ferreira, quant à la jouissance et a l'exercice des droits civils, qui ne sont autre chose que les trois droits naturels de la sûreté, de la liberté et de la proprieté garanties par la loi du pays; car là ou il y a identitè de raison, il faut qu il y ait identité de disposition (1).

276. Due egregi scrittori italiani hanno trattata la questione del diritto di esplusione dal punto di vista del nostro diritto positivo, e sono arrivati alla conseguenza, benchè per diversi argomenti, che allo straniero spetti, in forza dell'articolo 3 del codice civile, il diritto d'*incolato* come al cittadino; il diritto cioè di non potere

(1) PINHEIRO-FERREIRA, *Note* al § 100 di VATTEL, e al § 84 di MARTENS.

essere espulso dal territorio dello stato per ordine del potere amministrativo o politico.

Il prof. Cipelli così ragiona: Il domicilio e la residenza costituiscono pel cittadino un vero e proprio diritto inviolabile dai privati e dalle pubbliche autorità. È un diritto privato civile e di tanta importanza che la giurisprudenza lo considera di ordine pubblico, nel senso che non si potrebbe togliere o menomare con convenzioni o disposizioni. Lo straniero può prendere in Italia residenza e domicilio, come è ammesso dagli scrittori e dallo stesso Codice civile implicitamente. Dunque se nell'articolo 3 del detto codice civile, lo straniero è parificato al cittadino nel godimento dei diritti civili, deve anche, come i cittadini, avere il diritto di non essere espulso dal territorio dello stato, cioè non essere molestato nel suo domicilio o residenza.

Il Cipelli poi si diffonde a dimostrare come la presenza sia indispensabile per l' esercizio di molti diritti, e sia per se stessa un diritto, onde il sistema liberale del codice nostro cadrebbe in gran parte se s' interpretasse nel senso che l' autorità pubblica potesse vietare appunto la presenza dello straniero nel territorio, privandolo così del godimento di tutti quei diritti civili a lui attribuiti dall'art. 3°, ma pel godimento dei quali fosse necessario la presenza reale. In conclusione, il Cipelli nega all' autorità politica, tranne i casi previsti dall' art. 439. del Codice penale e art. 73 e 74 della legge di Pubblica sicurezza, il diritto di espellere gli stranieri, e ammette che questi potrebbero utilmente rivolgersi ai tribunali ordinari per far dichiarare che

l' ordine di espulsione non potrebbe aver effetto a loro riguardo (1).

277. Anche il prof. Ferdinando Bianchi si è ingegnato a dimostrare che, secondo la legge italiana, allo straniero compete il diritto d'incolato, cioè il diritto di non essere espulso per atto del governo e in via amministrativa. Per risolvere la questione, egli incomincia a determinare il carattere giuridico del diritto detto d' incolato, onde si possa decidere se esso sia veramente un diritto d' indole *politica* o almeno d' indole *mista*, o non piuttosto un diritto realmente *civile*. Poichè se questo diritto d' incolato appartiene ai cittadini come diritto politico, gli stranieri non potranno invocarlo, se invece è goduto dai cittadini come diritto civile, deve essere accordato anche agli stranieri in forza dell'art. 3 cod. civ., il quale assicura allo straniero il godimento di quegli stessi diritti civili che sono attribuiti al cittadino. Per giungere al suo scopo il Bianchi premette che la natura di un diritto deve dedursi dalla sostanza di esso e non dalle persone in cui confronto possa accadere di farlo valere; deve dedursi dall' oggetto del diritto e non dal soggetto passivo. Da ciò deduce che sono diritti *politici* quelli i quali implicano per chi li gode una partecipazione all' esercizio dei poteri dello stato, e diritti *civili* quelli i quali non sono che l' attuazione di facoltà inerenti alla qualità d' uomo e di persona, indipendentemente dall'essere membri di questa o di quella consociazione politica: questi secondi sono appunti quei diritti dei quali il nostro

(1) Cipelli, *La Legge*, 1875, parte III^a, p. 347-253.

Codice accorda il godimento allo straniero senza restrizione o limitazione alcuna. Ciò premesso, il Bianchi afferma che la *facoltà* dell'uomo di scegliere un domicilio nello stato e di mantenervisi colla *residenza personale* senza poterne essere espulso, tranne per causa di legge e per pronunzia giudiziale, è un diritto assolutamente civile. Si tratta, egli dice, di una facoltà che ha per oggetto un modo di esercizio della libertà individuale; che non è altro che un attributo naturale della persona umana, senza che implichi una partecipazione qualunque all'esercizio dei poteri dello Stato; è dunque uno di quei diritti che sono inerenti alla qualità d'uomo e di persona, che appunto perciò si dicono civili o privati, e che la legge nostra ha voluto (come esigono la ragione o il diritto naturale) che siano riconosciuti e rispettati anche nello straniero. Laonde si deve conchiudere che il diritto d'incolato è un diritto civile attribuito anche agli stranieri dall'art. 3 del Codice civile; e che tale diritto non può soffrire limitazioni, altrimenti si verrebbe ad ammettere — contro il testo della legge — che vi è qualche diritto civile, il quale è attribuito ai cittadini ed è negato agli stranieri [1].

278. Dopo avere accennato alle principali opinioni intorno al diritto di espulsione, gioverà dare uno sguardo alle leggi e agli usi esistenti nei vari paesi relativi a questo istituto. Si può dire che il diritto di espulsione si trova praticato dovunque; ma esso viene regolato in modo assai

(1) Bianchi Ferdinando, *Un quesito sull'articolo 3 del Codice civile italiano* (Siena, 1881).

diverso, sia per le autorità competenti ad esercitarlo, sia per le persone cui può colpire, sia pei motivi che lo possono provocare, sia in fine per le garanzie di procedura colle quali viene circondato [1].

279. Per essere esatti conviene anzitutto distinguere l'espulsione pronunciata dall'autorità giudiziaria come pena accessoria di alcuni reati puniti dalla legge, dall'espulsione ordinata dal potere politico a titolo di misura di alta polizia. La prima trovasi comminata in Italia dal Codice penale (articoli 439, 446) e dalla legge di Pubblica sicurezza (articolo 73): in Germania dal Codice penale (articoli 39, 284, 361): nel Belgio dalla Legge del 1848: nella Spagna dalla Legge del 1852 e dall' ordinanza reale del 1858: nell' Austria dalla Legge del 1871: nel Cantone di Ginevra dall' articolo 10 del Codice penale. Ordinariamente l' espulsione a titolo di misura penale si applica agli stranieri condannati per oziosità, vagabondaggio, questua illecita, reati contro la proprietà in genere. Il Codice penale germanico commina invece detta pena agli stranieri condannati alla sorveglianza della polizia e per esercizio del mestiere di giochi d' azzardo. La legge spagnuola è severissima: lo straniero che entra nel regno senza presentare il passaporto può essere condannato a un' ammenda di 100 o 1000 reali, ed essere espulso dal territorio. Ma non è di questo genere di espulsione che vogliamo occuparci.

---

(1) V. Amiaud, *Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l' Europe et de l' Amérique.* — Millet, nel *Bulletin de la Société de législ. comp.*, 1882, p 588 e seg.

280. *Inghilterra.* — L' espulsione come misura di polizia è praticata oramai da tutti gli stati. L'Inghilterra, la classica terra dell'ospitalità e del diritto di asilo, ha abbandonato anche essa le sue liberali costumanze per le quali gli stranieri godevano dei privilegi *dell' Habeas corpus.* Fino al 1882 non potevano esserne privati che dal parlamento, con legge temporanea. Si ricordano due di tali leggi, una del 1793, l' altra del 1848, la quale durò un anno solo e non fu mai applicata. Ma, in seguito agli ultimi avvenimenti d' Irlanda, la Camera dei Comuni nell' 11 Luglio 1882 autorizzò, coll'*Alien clause* del *Prevention of crime (Ireland) bill*, il governo ad espellere dall'Irlanda o dall' Inghilterra tutti gli individui sospetti, la cui presenza potesse turbare la pubblica tranquillità.

281. *Germania.* Negli altri stati l'espulsione amministrativa è praticata in forza del diritto di sovranità, senza leggi positive, come in Italia, Germania, Russia, Spagna, Portogallo, Svezia e Norvegia: o in base a leggi speciali, come in Austria, Belgio, Francia, Svizzera, Olanda, Danimarca, Lussemburgo, Germania. In alcuni paesi l'espulsione è inflitta senza alcuna formalità, in altri invece è circondata da qualche garanzia di procedura più o meno atta a tutelare la libertà individuale degli stranieri.

In Germania come legge generale dell' impero non esistono in proposito che le disposizioni ricordate del Codice penale, e quella dell' articolo 22 della legge 1878 contro la democrazia sociale, per la quale disposizione, gli stranieri che promovono agitazioni socialiste, che partecipano ad associazioni proibite, o le favoriscono, o diffondono scritti vietati, oltre la condanna a pene afflittive, possono

essere espulsi dal territorio federale dall' autorità di polizia, salvo però il diritto di reclamo davanti ad una speciale autorità.

Per la legge poi del 30 Giugno 1867, e per l'articolo 3° della Costituzione, è garantito solamente ai sudditi dell'impero il diritto di soggiorno e domicilio nel territorio federale.

Ma i governi dei singoli stati usano nel modo più illimitato del diritto di espulsione. Il Codice penale prussiano (§ 115) presuppone appunto questo potere discrezionale, punendo di prigione « lo straniero che, dopo essere stato espulso dal paese, vi ritorna senza autorizzazione ». Sono poi note le frequenti e numerose espulsioni ordinate dalla polizia prussiana senza alcuna motivazione e senza alcun mezzo di ricorso per parte dei colpiti.

Basti ricordare che nel 1886 essa ordinò in pochi giorni l'immediata espulsione di oltre quaranta mila persone russe, polacche, austriache, molte delle quali erano nate in Prussia o vi avevano domicilio, beni, famiglia da parecchi anni. Questa misura recò danni incalcolabili, e fu qualificata nel parlamento germanico, dai Deputati Windthorst, Iezdzewski, Liebknecht ed altri, contro il diritto e contro l' umanità. Lo stesso Parlamento, nella seduta del 15 Gennaio medesimo anno, biasimò con voto solenne quella espulsione: ma Bismarck sostenne che tale affare era di competenza esclusiva del governo prussiano, e che « venti votazioni del Reichstag non avrebbero fatto cambiare la politica della Prussia ».

282. In Russia, Spagna, Portogallo, Svezia e Italia il

diritto di espulsione in via amministrativa non è regolato da alcuna legge, e si esercita dalle autorità politiche senza alcuna formalità e garanzia prestabilita, come una conseguenza del diritto di sovranità. Generalmente è il Ministro dell' interno che dietro proposta delle autorità locali, emette il decreto di espulsione: in Russia deve intervenire anche il Ministro degli esteri, e in Svezia occorre un decreto reale, sentito il consiglio di stato.

283. *Francia.* Venendo ora agli stati che hanno in qualche modo regolato con leggi il diritto di espulsione, troviamo anzitutto che in Francia questo diritto fu oggetto di molte leggi successive, l' ultima delle quali ha la data del 1882. Nel 1792 la Convenzione ordina l'espulsione di tutti gli stranieri appartenenti ai paesi coi quali la Francia è in guerra. Una legge dell'anno IV dà facoltà al Direttorio di espellere gli stranieri « di passaggio o residenti, s' egli giudica la loro presenza suscettibile di turbare l' ordine e la tranquillità pubblica ». Nel 1832 una nuova legge, provocata dai timori di contagio dei moti rivoluzionari degli stati vicini, autorizza il governo a designare un domicilio fisso ai rifugiati stranieri, e ad espellerli, con un ordine segnato da un ministro. Nel 1849 un' altra legge conferisce al solo ministro dell' interno il diritto di espellere gli stranieri viaggianti e residenti per misura di polizia. Tale diritto è pure conferito riguardo agli stranieri autorizzati a stabilire il domicilio in Francia, ma questa misura cessa di avere effetto dopo due mesi se l' autorizzazione non viene revocata. Nei dipartimenti di frontiera il diritto di espulsione è affidato ai Prefetti coll' obbligo di riferirne

al ministro dell' interno. Chi non obbedisce a queste misure, chi rientra dopo espulso è condannato dai tribunali a un mese di carcere, scontato la quale, viene condotto ai confini. Finalmente nel 1882 la legge precedente fu in parte modificata, allo scopo di restringere l' arbitrio del potere esecutivo, e garantire meglio la libertà di alcune categorie di stranieri. Questa legge dispone che: « il ministro dell' interno potrà ordinare per misura di polizia ad ogni straniero viaggiante o residente in Francia di uscire dal territorio francese e farlo ricondurre alla frontiera, quando quello straniero sarà stato condannato dai tribunali francesi o stranieri per crimini o delitti di diritto comune. Ogni straniero che compromettesse la sicurezza dello Stato, potrà essere egualmente espulso in virtù di un decreto reso in Consiglio dei ministri. Per lo straniero che avrà ottenuta autorizzazione di stabilire il suo domicilio in Francia o che vi avrà stabilita la sua residenza da più di tre anni in modo permanente, la misura di espulsione cesserà d'avere effetto dopo un termine di due mesi, se non sarà confermata da decisione del Governo. Infine, secondo una disposizione eccezionale, il territorio della Repubblica sarà vietato ad ogni francese che avrà assunta una nazionalità straniera per sfuggire al servizio militare [1] ».

284. *Danimarca.* — La legge del 15 Maggio 1875 attribuisce al Ministro di Giustizia il diritto di espellere lo straniero che non ha mezzi di sussistenza, o che, dopo aver ottenuto un libretto di soggiorno per darsi al lavoro,

(1) *Mémorial diplomatique*, 11 marzo 1882.

non siasi effettivamente occupato dopo otto giorni. Il Ministro può anche espellere gli stranieri per mala condotta, purchè non abbiano ottenuto l' indigenato o l'autorizzazione a stabilirsi nel regno, o non vi si sieno stabiliti da due anni. Le autorità inferiori hanno la polizia ed il didiritto di espulsione sulla gente di passaggio e sui vagabondi trovati nelle rispettive circoscrizioni. Si distingue poi il rinvio *(udsendoles)* dall' espulsione propriamente detta *(udvisnig)*. Lo straniero rinviato è condotto dalla polizia alla frontiera: l'espulso riceve un passaporto per l'estero, e viaggia a spese delle autorità locali.

285. *Austria.* — Per la legge 27 Luglio 1871 il diritto di espulsione è conferito alla Direzione di polizia e alle autorità governative e municipali. Possono essere espulsi da tutto, o da parte del territorio, gli stranieri « la cui presenza è riconosciuta intollerabile per motivi d'interesse, di ordine e di sicurezza pubblica ». Non può essere espulso chi ha il domicilio legale. È ammesso un ricorso entro tre giorni contro il decreto di espulsione davanti al governatore della provincia in cui è stato emanato, il quale decide inappellabilmente.

286. *Svizzera.* — L' articolo 70 della Costituzione dispone « che la Confederazione ha il diritto di espellere dal suo territorio gli stranieri che compromettono la sicurezza della Svizzera ». Ciaschedun cantone ha pure cotesto diritto nei limiti del suo territorio. Il consiglio federale conosce dei ricorsi contro i decreti di espulsione presentati dagli stranieri.

287. *Belgio.* — Il Belgio ha statuito e modificato parecchie leggi intorno alla polizia e all' espulsione degli

stranieri, da quelle del 1835, 1865, 1871, 1880, all'ultima del 1885.

In forza della legge 17 Luglio 1871, confermata nel 1880 e prorogata nel 6 Febbraio 1885 per altri tre anni, possono essere confinati in un dato comune od espulsi gli stranieri che compromettano la tranquillità pubblica, o siano stati processati o condannati all'estero per crimini e delitti, pei quali si fa luogo all'estradizione. L'espulso ha un giorno di tempo per obbedire all'ingiunzione, può scegliere la frontiera, e, se rientra, è condannato a sei mesi di prigione.

L'espulsione deve essere ordinata con decreto reale, deliberato in consiglio dei Ministri; e il governo deve render conto annualmente alla Camera dell'esecuzione di cotesta legge.

Non possono poi essere espulsi gli stranieri che si trovino in uno di questi casi, quando lo stato a cui appartengono sia in pace col Belgio: 1.° lo straniero autorizzato a stabilire domicilio nel Belgio; 2.° lo straniero maritato ad una donna belga, da cui sieno nati figli durante la residenza nel paese; 3.° gli stranieri decorati della croce di ferro; 4.° lo straniero maritato ad una belga e residente da cinque anni continui; 5.° l'individuo nato nel Belgio da uno straniero che vi risiede, quando si trovi nel termine dell'opzione prevista dall'articolo 9 del codice civile.

288. *Olanda.* — La legge del 13 Agosto 1847 ha molta analogia colla precedente. Essa ha disposizioni speciali secondo le diverse categorie di stranieri. Gli stranieri non ammessi nel regno, o sforniti del foglio di via e di

soggiorno (stranieri di passaggio) possono essere espulsi dalle autorità di polizia. Invece gli stranieri ammessi in Olanda, non possono essere espulsi che dal giudice cantonale del luogo dove soggiornano, o da un Decreto reale. Il giudice cantonale non può ordinare un'espulsione che nel caso in cui lo straniero non riunisca le condizioni legali per la sua ammissione nel regno. Con ordinanza reale poi possono espellersi gli stranieri « dannosi alla pace pubblica ». Gli espulsi hanno 4 giorni di tempo per uscire, e sono puniti se rientrano. La legge succitata non è applicabile: 1.° agli stranieri assimilati ai neerlandesi dall'articolo 8 del Codice Civile (domiciliati con autorizzazione, o dimiciliati e dimoranti per sei anni); 2.° agli stranieri che sono o furono maritati ad una neerlandese da cui ebbero uno o più figli nati nel regno. Gli espulsi hanno diritto di ricorrere alla Corte Suprema per dimostrare che sono neerlandesi, o protetti da una delle eccezioni stabilite dalla legge.

289. *Lussemburgo — Roumenia.* — Nel primo vige la legge del 26 Novembre 1880; nella seconda la legge del 7 Aprile 1881. Entrambe attribuiscono, senza limitazioni, al governo il diritto di espellere gli stranieri per ragioni di pubblica sicurezza. Nel Lussemburgo il decreto di espulsione è emanato dal direttore della giustizia in seguito a deliberazioni del governo in Consiglio, e non è suscettibile di ricorso. In Roumenia l'espulsione è decretata in Consiglio dei Ministri.

290. Dall' esame comparativo delle leggi sopra accennate risulta, che furono stabilite le seguenti garanzie contro i possibili abusi del potere esecutivo in materia di espulsione:

1.° Garanzie di procedura:

a) Necessità di una deliberazione in consiglio dei Ministri (Belgio, Lussemburgo, Roumenia e Francia). In quest'ultimo stato però basta il Decreto del Ministro dell' interno per l' espulsione degli stranieri condannati nel paese o fuori per crimini o delitti di diritto comune.

b) Distinzione tra i residenti e non residenti, tra la semplice polizia e le misure di governo, per ciò che riguarda l'autorità competente e per la procedura (Belgio, Olanda, Danimarca, Roumenia).

c) Certo termine per l' esecuzione (Austria, Olanda, Belgio, Lussemburgo, Rumenia).

d) Facoltà di ricorso (Austria, Olanda, Svizzera).

2.° Categorie di stranieri ai quali non è applicabile l' espulsione amministrativa:

a) Chi ha acquistato l' indigenato (Danimarca).

b) Chi ha acquistato un domicilio legale (Danimarca, Austria, Belgio, Olanda).

c) Chi è maritato ad una donna del paese, e ne ha avuto figli (Belgio, Olanda).

d) Chi ha diritto di optare per la nazionalità locale (Belgio).

291. Devesi poi notare che alcuni stati hanno in parte modificato le norme stabilite nelle rispettive leggi intorno all' espulsione degli stranieri mediante convenzioni internazionali. Così la Francia ha concluso dei Trattati col Perù (1861), col San Salvador (1858), coll'Honduras (1856), mediante i quali le parti contraenti non possono espellere i loro nazionali senza avere comunicate le cause di espulsione e i documenti giustificativi agli agenti diplomatici

e consolari locali, e senza aver dato un tempo sufficiente all' interessato per mettere in salvo le sue cose.

Simile clausola aveva inserito l' Italia nel trattato del 1860 (art. 5) colla Repubblica del Salvador; ma fu ommessa nell' ultimo del 1876. L' Italia ha pattuito con quasi tutti gli stati il diritto dei propri sudditi di entrare, soggiornare, esercitare liberamente il commercio e i diritti civili nel territorio dei contraenti. Ma ciò non esclude nè limita il diritto di espulsione, come nota anche l' Haenel [1].

L' Italia ha pure trattati colla Baviera (1867), coll' Austria (1871), colla Francia (1872) e con altri stati circa il dovere reciproco di ricevere i propri sudditi espulsi, e circa il modo di ripartire la spesa di rimpatrio [2].

292. Ora dobbiamo entrare nel merito sostanziale della questione. Essa dà luogo alle seguenti ricerche:

Esiste, e di quale natura è, il diritto dell' uomo di soggiornare nel territorio degli stati, ai quali non appartiene come cittadino?

È legittimo il diritto di espulsione in via amministrativa?

A quali condizioni e con quali garanzie deve esercitarsi il diritto di espulsione?

---

(1) Haenel, *Journal du Droit int. privé,* t. II, p. 481.

(2) Il trattato coll' Austria dice: « Chacune des parties contractantes s' oblige de réadmettre sur son territoire, a la demande de l' autre partie, ses propres sujets, même dans le cas qu' ils aient perdu leur nationalité d' origine d' aprés les lois en vigueur dans ses pays respectifs, supposé qu' ils ne soient pas devenus sujets de l' autre Etat d' aprés la législation de ce dernier ».

293. Che l'uomo abbia, non solo una semplice facoltà naturale, ma un vero e proprio diritto di locomozione, è una verità troppo evidente, perchè si debba dimostrare. Senza cotesto diritto, l'uomo non potrebbe esplicare le sue facoltà: non sarebbe un essere vivente, intelligente e libero: sarebbe una pianta fissa al suolo. Ma il diritto di locomozione si limita al territorio della nazione o stato a cui l'uomo appartiene quale cittadino; o è veramente un diritto universale, esercibile dovunque ed erga omnes? Questa domanda equivale a quest'altra: il diritto di locomozione spetta all'uomo in quanto è membro di una determinata società politica; o spetta all'uomo nella sua qualità di uomo, indipendentemente dall'appartenenza sua ad uno od altro consorzio civile? Anche qui la risposta non può essere dubbia. La natura non ha posto alcun limite al diritto di locomozione. Nessuno riescirà mai a dimostrare seriamente che l'uomo abbia diritto di moversi, andare, venire, soggiornare solamente nel suo paese. Anzi la natura ha disposto le cose in modo da rendere codesto diritto un vero bisogno: il bisogno di recarsi in ogni angolo della terra, di avere per teatro della vita il mondo intero. La diversità delle regioni terrestri per clima, per ricchezze e bellezze naturali, per produzioni di ogni maniera fa si che un popolo non possa prosperare senza dell'altro, e ingenera nell'animo dell'individuo l'istinto irresistibile di scoprire, di vedere, di abitare nuovi paesi. Contraddire a questi bisogni, a questi istinti è negare l'opera della natura, è disconoscere il diritto naturale.

« L'uomo, dice Mancini, nasce cosmopolita; la natura non lo ha voluto incatenare per tutta la sua vita al

suolo ove nacque. E, convien dirlo, se egli non portasse giammai il piede lungi dal paese natale, se non percorresse i mari, se non esplorasse le città, i monumenti, le istituzioni, che sono opere di altri popoli, se infine non avesse moltiplicati all' estremo i mezzi di rapida e facile comunicazione, tra le varie contrade del globo, mercè l' applicazione prodigiosa del vapore, di che ha tanta ragione di andare orgogliosa l' età moderna, l' uomo rimarrebbe quasi un *essere abbozzato ed imperfetto, incompiuta sarebbe la sua alta missione nella vita, e ben altrimenti tardo procederebbe il corso della civiltà* [1] ».

294. Benchè l'uomo nasca in società, anzi nello Stato, e non esista perciò il così detto stato di natura, pure, logicamente si può pensare l' uomo, non già isolato, (come fecero erroneamente taluni), ma membro solamente della società umana, dell' umanità; e si può pensare l' uomo membro, socio di una particolare società organizzata politicamente, dello stato. Questo processo metodico è anzi indispensabile se vogliamo nettamente distinguere i diritti che spettano all'uomo come uomo, da quelli che spettano all'uomo come cittadino di un determinato stato: i diritti *nativi* e i diritti *dativi*, direbbe Romagnosi: i diritti privati e i diritti politici, diciamo noi, intesi questi ultimi nel largo senso della parola. Ora, se noi analizziamo attentamente i diritti che competono all' uomo in ciascheduna di codeste due posizioni, troviamo che il diritto

(1) MANCINI, *Sulle Leggi personali e reali*, Appendice inserita nel vol. I, p. 176 della trad. it. dei *Principes de Droit. civ.* di LAURENT, Napoli, 1879.

di soggiorno gli appartiene in entrambe. Gli appartiene come uomo per le ragioni sopraesposte: gli appartiene come cittadino, perchè, entrando in uno speciale consorzio politico, indubbiamente partecipò, fra gli altri diritti sociali, anche a quello di moversi e rimanere, in modo inviolabile, nel territorio sociale. Di qui la conclusione che il diritto di soggiorno non nasce esclusivamente dal fatto della unione sociale sopra un territorio; ma logicamente preesiste a tale unione: è quindi un diritto privato, non un diritto politico [1].

Però, come abbiamo accennato, il diritto di soggiorno spetta al cittadino sopra il proprio territorio, anche pel titolo sociale; onde si può dire che siffatto diritto viene *rafforzato* dal fatto della società politica; acquista, se ci è lecita la parola, un *valore* maggiore, un grado d'intangibilità più alto, di fronte al medesimo diritto spettante

---

(1) Veggasi in Romagnosi l'importante distinzione che egli fa tra i diritti di *umanità* e quelli di *socialità*, tra la *civile padronanza* originaria e la *cittadinanza*, tra i diritti originarii o *nativi* e i diritti acquisiti o *dativi*. Perchè un diritto appartenga al cittadino, *ad esclusione di qualunque straniero*, Romagnosi esige queste due condizioni: « essere *frutto immediato*, naturale e proprio dello stato sociale; appartenere questo frutto *immediatamente* ai membri collegati: ecco i due distintivi dei diritti componenti il complesso ed universale diritto della cittadinanza. Ambedue questi caratteri sono così inseparabili, che, tolto l'uno di essi, cessa il carattere di diritto di città, e uno solo di essi non somministra più questo diritto. » (*Istituzioni di civile filosofia*, n. 1867 - 1879, *Opere*, Vol. III, ed. milan.) Il diritto di locomozione e di soggiorno non è evidentemente *frutto immediato e naturale* dell'associazione politica; è dunque un diritto *nativo*, non *dativo*.

a quelli che appartengono ad altre società politiche, agli stranieri. Questa considerazione è della massima importanza, perchè essa ci spiegherà e giustificherà come, in caso di conflitto sullo stesso territorio, fra il diritto di soggiorno appartenente ai cittadini, e quello appartenente agli stranieri, debba prevalere il primo, come dimostreremo fra poco.

295. Alle stesse conseguenze si arriva argomentando dalla natura e dallo scopo dello stato. Per negare allo straniero il diritto di entrare e rimanere nel territorio degli altri stati bisogna ammettere l'assurda teorica dello *stato di natura*, e della proprietà assoluta dello stato del proprio territorio. Se si parte dal principio che gli stati non sono legati tra di loro che dai vincoli pattizi o della cortesia o utilità reciproca, che ciascheduno è padrone assoluto nel proprio territorio, naturalmente si esclude ogni comunità di diritto con chi non è consocio, concittadino: ogni diritto allora si fonda sulla *civitas* non sulla *humanitas*, e il non cittadino non ha alcun diritto, vero, e proprio fuori del suo paese. È il sistema dell' antichità e del feudalesimo, pel quale l' uomo era nulla fuori della città, ed era acessorio del suolo nel proprio territorio. Sistema falso, ma logico: mentre non è logico quello dei moderni. Poichè, mentre oggidì si ammette che gli stati debbano, per un vero obbligo giuridico, riconoscere ed applicare nel proprio territorio le leggi straniere, nei casi in cui queste sieno naturalmente competenti a regolare certi rapporti giuridici, purchè non offendano l' ordine pubblico, si concede poi nello stesso tempo allo stato, anzi al governo, di vietare l' in-

gresso agli stranieri, e di espellerli, sottraendosi così in tutto o in parte da quell' obbligo. Contraddizione più flagrante non si può immaginare. Egli è che lo stato moderno, come abbiamo altrove dimostrato, (n. 165-169) ha tutt' altra natura e funzione. Lo stato è un mezzo per l'esplicazione della personalità umana, è l'organo del diritto nel suo territorio. Tutti gli stati sono legati tra loro dal vincolo sociale dell' umanità. Tutti e ciascuno devono quindi *cooperare* all' attuazione del diritto. L' uomo ha diritto di vedere rispettata e protetta la propria personalità, e i diritti che da questa derivano, dovunque. Fra questi diritti, l'abbiamo visto, havvi quello di andare e soggiornare in tutti i paesi della terra. Finchè l' esercizio di questo diritto e compatibile coll' esercizio del medesimo diritto spettante agli altri, non può essere limitato, non vi deve essere differenza fra cittadino e straniero. « Unam omnium rempublicam agnoscimus, mundum » disse Tertulliano; e prima di lui lasciò scritto Cicerone: « Usu vero urbis prohibere pregrinos sane inhumanum est » (1).

296. Tutti gli scrittori, se negano allo straniero il diritto di soggiorno, ammettono negli stati il dovere dell' ospitalità. Ora è bene avvertire subito che il concetto e l' istituto dell' ospitalità è cosa affatto diversa dal dovere

---

(1) Tertulliano, *Apol.*, 39. — Cicero, *De off.*, III, 11 — E P. Orosio: « Ubicumque ignotus accessero, repentinam vim, tamque destitutus, non pertimesco. Inter romanos... romanus, inter christianos, christianus, inter homines homo: legibus imploro rempuplicam, religione conscientiam, communione naturam » (*Hist.*, V, 2, app. Lomonaco, *op. c.* p. 44).

di permettere il soggiorno, come noi l' intendiamo, e non si deve affatto confondere con questo. Ospitalità, come indica la stessa parola e come ci ricorda la tradizione, altro non significa che un favore, che, in tutti i tempi e in tutti i luoghi, i popoli anche più barbari, hanno accordato a certi stranieri, accogliendoli nelle proprie dimore, proteggendoli contro i nemici, o soccorrendoli nelle loro avversità. Una vaga idea dell' umanità, più spesso il principio religioso, fece a poco a poco deviare dalla regola dell' assoluto esclusivismo che teneva divisi i popoli, e considerava lo straniero come nemico. Ma in ciò non v' ha ombra di diritto. Nè lo straniero aveva diritto all' ospitalità, nè i cittadini e lo stato avevano obbligo giuridico di accordarla, tranne i casi di patti espressi. Era affare di sentimento [1]. Invece noi, quando parliamo di diritto di soggiorno, intendiamo discorrere di un vero e proprio diritto nel senso rigorosamente tecnico della parola. Ecco perchè non comprendiamo bene cosa vogliono dire quegli scrittori che propugnano oggidì questo dovere di ospitalità. O vogliono esprimere l' obbligo giuridico di accogliere lo straniero e di lasciarlo soggiornare nel territorio dello stato; e allora dicono il vero, ma adoperano un' espressione impropria: o vogliono parlare di un' ospitalità nel senso antico e di un dovere morale, e allora escono dal campo, giuridico. Quest' osservazione non è applicabile a Romagnosi, il quale nel luogo da noi citato, dimostra evidentemente di volere discorrere di un vero e proprio dovere giuridico, non semplicemente morale.

(1) Conf. Ihering, *Lo spirito del Diritto romano* ecc., lib. I, cap, X (trad. Bellavite).

297. Le considerazioni precedenti valgono anche a dimostrare come il diritto di locomozione abbracci il diritto di emigrazione e di espatriazione. L'uomo non è una pianta fissa al suolo della sua patria: il diritto di libertà importa che ciascuno possa recarsi dovunque. Quindi, tranne il caso, in cui il diritto prevalente dello stato esiga la presenza del cittadino per ragione di pubblica necessità, come p. e. per difendere la patria (1), l'uomo deve potere liberamente emigrare. La massima feudale « *nemo potest exuere patriam* », l'*allegiance* inglese, furono un assurdo, e sarebbero ora un anacronismo.

Il vero principio in questa materia trovasi stupendamente formulato da Cicerone: « *Ne quis invitus civitate mutetur, neve in civitate maneat invitus* »; e nella Magna Charta inglese del 1215. « *Liceat unicuique exire de regno nostro et redire salvo et secure per terram et per aquam, salva fide nostra, nisi tempore guerrae, per quod breve tempus propter comunem utilitatem*

---

(1) Lo stato ha anche diritto di richiamare gli emigrati in caso di necessità: tale diritto chiamasi --*jus avocandi.* — BLUNTSCHLI formola in proposito la seguente regola: « Le jus avocandi est la conséquence des droits de souveraineté de l'état sur ses ressortissants; mais cette souverainetè n'est pas absolue; elle est limitée par la constitution. Le rappel ne pourra donc pas avoir lieu arbitrairement et par pur caprice. Même quand l'appel sous les drapeaux est légal, l'état, où les étrangers séjournent, n'à point à en favoriser l'exécution, puisqu'il s'agit de rapports entre un citoyen et son gouvernement, et que l'état étranger n'a aucun intérêt à porter atteinte à la liberté personelle des voyageurs ou des autres étrangers qui séjournent sur son territoire ». (Art. 375, nota).

regni ». Questo diritto inviolabile fu sanzionato anche da alcune legislazioni moderne, fra cui ricordiamo la costituzione francese del 1791, la costituzione prussiana del 1850, e la legge americana del 1868 [1].

298. Riservandoci di ritornare sopra questo argomento quando parleremo della perdita dei diritti e della naturalizzazione, ci limitiamo ora a riferire in proposito la seguente regola di Fiore, alla quale ci associamo pienamente.

« La libertà di emigrazione e di immigrazione deve essere garantita dal diritto internazionale, salvo la facoltà (noi diremmo dovere) dello stato di proteggere gli emi-

---

(1) Costituzione del 3 Settembre 1791: « La constitution garantit, pareillement, comme droits naturels et civils: La liberté à tout homme d' aller, de rester, de partir sans pouvoir être arrêté ni détenu que selon les formes détérminées par la constitution ».

Un anno e mezzo dopo, il 28 marzo 1793, la Convenzione approvò la seguente legge: « Art. 1. Les emigrés sont bannis à perpetuité du territoire français: ils sont morts civilment: leurs biens acquis à la République. Art. 2. L' infraction au bannissement prononcé par l' art. 1. sera puni de mort ».

Questa flagrante contradizione e questa enormità di sanzioni sono spiegabili solamente coi tempi tumultuosi e pericolosi in cui si trovò in quell' epoca la Francia. Dopo avere inutilmente richiamati gli emigrati a difendere la patria, essa credette giusto di ricorrere a tali mezzi eccezionalmente violenti.

La Costituzione Prussiana ha questa disposizione: « Art. 11. La libertà di emigrare può essere ristretta dallo Stato solo per riguardo all' obbligo della leva militare. Diritti di emigrazione non possono essere prelevati ».

Attesa la sua importante motivazione riferiamo in parte

granti contro la speculazione, e di *regolare* le immigrazioni in maniera da prevenire i danni che potrebbero derivare dalle immigrazioni in massa [1].

299. Le ragioni che ci hanno indotti a ritenere, nel campo teorico, il diritto di soggiorno un vero e proprio diritto privato o civile, mantengono intiero il loro valore anche nel campo della legislazione positiva italiana. Noi quindi ci uniamo ai pochissimi, i quali, considerando il diritto di soggiorno come un diritto civile compreso nell' articolo 3 del Codice civile, sostengono non potere il governo, tranne nei casi stabiliti dalla legge, privarne lo straniero con provvedimento amministrativo. È vero che

---

anche il *bill* americano del 1868: « Attendu que le droit d'expatriation est un droit naturel et inné de tous les hommes, qui peut seul permettre de jouir de leur droit à la vie, à la liberté et à la recherche du bonheur.....

« Section 1. Il est décrété par le senat et la chambre des représentants des États-Unis assemblés en congrès que toute déclaration, instruction, opinion, ordre ou décision d'un fonctionaire quelconque de ce gouvernement tendant à nier, à restreindre, à affaiblir ou à mettre en question le droit d'expatriation, est dèclarée, par la presente loi, contraire aux principes fondamentaux du gouvernement ».

Sulla natura della emigrazione e sulle leggi regolatrici della medesima nei vari paesi, confr. BLUNTSCHLI, *Droit int. codif.* art. 375: *Diritto pubblico universale,* I, p. 170: *Revue de droit int.,* t. II, p. 23 e seg. — LAWRENCE, *op. c.* III, p. 227 e seg. — CATELLANI, *op. c.* II, p. 152 e seg. — FIORE, *Trattato di Diritto int. pubblico*, I, p. 530 (ed. 2ª). V. anche il *progetto* di Legge presentato alla Camera italiana dal Ministro Crispi nel 15 Dicembre 1887.

(1) FIORE, *Trattato di Diritto int. pubblico,* I, p. 570 (ed. 2ª).

sta contro di noi la pratica e la quasi communis opinio degli autori italiani: ma questo, che è pur gravissimo argomento, non riesce a smoverci dalle nostre convinzioni.

300. Non crediamo però decisivo l'argomento del Prof. Cipelli (n. 276), che cioè lo straniero ha diritto di non essere espulso dal territorio, perchè ha il diritto di domicilio nello stato. Nessun dubbio che lo straniero possa stabilire il suo domicilio nel regno, come vedremo a suo luogo. Il domicilio, in se considerato, non è veramente un diritto ma un fatto, da cui possono derivare diritti e doveri. Ma può bene considerarsi, ed è effettivamente, un diritto, la facoltà di porre quel fatto, la facoltà di stabilire il domicilio. Ora, a nostro giudizio, tale facoltà rientra perfettamento nella sfera del diritto privato, ed è quindi comune al cittadino e allo straniero. Ciò viene ora ammesso, dopo molte controversie, persino in Francia, malgrado il sistema del Codice napoleone e le disposizioni equivoche dell'articolo 13 e 102 del medesimo Codice [1]. Presso di noi è impossibile qualunque dubbio. Lo straniero, senza alcuna distinzione e condizione, gode dei diritti civili attribuiti ai cittadini, fra i quali trovasi evidentemente quello di porre la sede principale dei propri affari nel regno. Molte disposizioni di legge poi confermano questa tesi. Anzitutto l'aricolo 16 del Codice

(1) Conf. Demolombe, *op. c.* I, n. 268. — Demangeat, *Condition des ètrangers en France*, p. 366. — Rougelot de Lioncourt, *Du conflit des lois personelles françaises et étrangères*, p. 137 (Paris, 1883). — Laurent, *op. c.* III, n. 264-267, 373-379. — Weiss, *op. c.* p. 420-428.

civile, che parla di *persona* non d'italiano, e poi l'articolo 8 e 788 dello stesso Codice; gli articoli 105-107 del codice di procedura civile; gli articoli 40 e 41 del codice della Marina mercantile, nei quali si suppone e si ammette che lo straniero abbia domicilio nel regno. A ciò si può aggiungere la legge 13 settembre 1874 che sottopone alla tassa di L. 20 la « Dichiarazione di aver fissato o di volere fissare il domicilio nel regno ».

Ma tutto questo non giova molto alla nostra tesi, per la semplicissima ragione, che il domicilio non vuol dire la presenza dello straniero, e che si può togliere questa, rimanendo quello, come vedremo più innanzi. Quando, dunque, si è provato che lo straniero ha il diritto di fissare il domicilio nel regno, non si è del pari provato che il potere politico non possa espellerlo dal territorio, essendo la presenza e il domicilio cose affatto diverse e indipendenti l'una dall'altra.

301. La residenza e la dimora suppongono invece la reale presenza, o abituale o temporanea, di una persona in un luogo: e anche la facoltà di tenere dimora o residenza nel regno spetta senza dubbio allo straniero, come risulta dalle disposizioni delle leggi citate nel numero precedente, nelle quali si parla di stranieri *residenti*, di stranieri che abbiano fissato la *residenza* nel Regno. Ma la quistione non sta nel sapere se allo straniero spetti o no cotesta facoltà, sibbene nel determinare se essa costituisca un vero diritto e di quale natura sia tale diritto. Ora, la risposta a cotesti quesiti non può desumersi dai testi positivi delle nostre leggi. Poichè, dove queste fanno menzione della residenza dello straniero,

non dicono se tale residenza sia un semplice fatto, subordinato al beneplacito del governo, e da cui derivino alcune conseguenze giuridiche, o piuttosto un vero e proprio diritto inviolabile. E dove poi il Codice civile (art. 1° e 3°) parla dei diritti civili comuni ai cittadini e agli stranieri, non definisce, nè dà alcun criterio per definire questi diritti, e per differenziarli dai diritti politici, propri solamente dei cittadini.

302. Resta adunque che la questione dell'espulsione, anche nel nostro diritto positivo, venga risoluta dalla scienza, e da quei principi generali del diritto a cui rimanda lo stesso Codice civile (art. 3 Disp. prelim.) E abbiamo visto (n. 293-5) come i principi insegnino, che il diritto di soggiorno è un diritto privato o civile, e che non può quindi menomarsi o togliersi che per legge, come avviene di tutti i diritti veri e propri. Questi argomenti poi trovano irrefragabili conferme nell'insieme del nostro diritto positivo.

Diffatti il diritto arbitrario di esplusione è anzitutto contradetto dallo spirito altamente novo e liberale che informa il Codice civile. Come si può conciliare la parificazione degli stranieri nel godimento di tutti i diritti civili, nessuno escluso, colla facoltà lasciata al potere esecutivo di privare lo straniero del godimento di cotesti diritti con una semplice misura di polizia? La proclamazione umanitaria dell'articolo 3 sarebbe una ironia o una menzogna. Un diritto che dipende dal beneplacito del governo, non è più un diritto: è un favore, una concessione, una speranza, nulla di più. È assurdo che il legislatore prometta e garantisca agli stranieri il godimento dei diritti

civili, quando lascia al governo l'arbitrio di negare il diritto dei diritti, il diritto indispensabile all'esercizio di moltissimi diritti, cioè il diritto di soggiornare nel territorio, di agire, di operare colla sua presenza personale.

303. Il diritto illimitato di espulsione, come misura amministrativa, è inoltre implicitamente, ma chiaramente escluso dalla sfera dei poteri discrezionali del governo, dal fatto che l'espulsione trovasi tassativamente comminata e disciplinata dalla legge positiva. Il Codice penale, cogli articoli 439 e 446, *ordina* l' espulsione degli stranieri, dei vagabondi e mendicanti condannati. E la legge di pubblica sicurezza, coll'articolo 73, dà facoltà all'autorità politica di espellere dal regno i condannati per oziosità, vagabondaggio e per reati contro la proprietà. Come si vede, l' espulsione è qui considerata quale una pena, o un accessorio della pena: solamente pei condannati per reati contro la proprietà può dirsi un provvedimento facoltativo del potere politico, negli altri casi, malgrado i termini poco precisi dell'articolo 73 della legge di pubblica sicurezza, essa è necessaria conseguenza della condanna. Ora, se è vero che « le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezioni alle regole generali non si estendono oltre i casi in esse espressi » (art. 4 Disp. prelim.); se hanno ancora qualche valore gli aforismi legali « quod voluit dixit: inclusio unius fit exclusio alterius », ci pare che il nostro legislatore non abbia voluto accordare il diritto di espulsione al potere esecutivo che nei casi da esso *tassativamente* indicati.

Del resto, che il diritto di espulsione non rientri nei

poteri discrezionali di alta polizia, lo dimostra il fatto che, in quasi tutti gli stati civili in cui si pratica, è fondato su leggi espresse. Il governo inglese, quando volle usarne, dovette farsi autorizzare con apposita legge. Per difendere nel nostro governo il diritto illimitato di espulsione, non possiamo ricorrere che all' esempio della Russia o di altri stati, in cui il diritto internazionale e costituzionale, e i principi liberali non sono intesi come da noi.

La nostra conclusione pertanto è questa: secondo i principi di diritto, secondo lo spirito e la lettera della legge positiva, il potere esecutivo non ha in Italia il diritto di espellere gli stranieri, fuori dei casi tassativamente previsti dalle leggi.

304. Ma, in fatto, tale diritto viene in Italia praticato; onde, è naturale la domanda: ha lo straniero espulso un mezzo giuridico efficace per far rispettare il suo diritto di soggiorno? Noi ci occuperemo dell' importante argomento dove tratteremo le materie di giurisdizione e di procedura. Qui ci limitiamo ad un cenno. Nell' impero germanico, dove non esiste legge in proposito, non si ammette altro ricorso che in via diplomatica ([1]). La legge sull' organizzazione amministrativa prussiana vieta espressamente ad ogni persona, non avente la nazionalità dell'impero, di attaccare davanti le giurisdizioni amministrative le misure di bando di cui sia stato oggetto ([2]). In Francia si può ricorrere al Consiglio di Stato per *eccesso di potere*

(1) HAENEL, *De la situation des enfants d' étrangers en Allemagne (Journal du Droit int. privé,* (t. II, p. 481 e seg.)

(2) *Legge sull' organizzazione amministrativa prussiana,* § 130.

allo scopo di far annullare un decreto di espulsione. I tribunali ordinari si sono dichiarati competenti solamente per azione d' indennità [1]. In Austria ed Olanda è pure concesso un diritto, più o meno efficace, di ricorso davanti a speciali autorità, come abbiamo visto di sopra (n. 290).

305. Da noi si sono occupati dell' argomento il Cippelli, il Bianchi Ferdinando, e, per incidenza, il Malgarini. Il primo insegna che lo straniero, che si ritiene illegalmente espulso, deve citare davanti al tribunale civile l' autorità che emise il decreto di espulsione all'oggetto di far dichiarare che l'espulsione non fu ordinata in uno dei casi stabiliti dalla legge. La suddetta autorità o il Re dovrebbe poi *revocare* il decreto, in caso di sentenza favorevole al reclamante [2]. Bianchi propone una procedura analoga. Lo straniero dovrebbe invocare l' autorità giudiziaria per far dichiarare che egli ha la sua *residenza* nello stato, e che, non trovandosi in nessuno dei casi previsti dalla legge penale e da quella di pubblica sicurezza, ha diritto di mantenervela per ogni effetto legale. L' autorità giudiziaria è competente, perchè non si tratta di sospendere o di annullare un atto amministrativo, ma solamente di *constatare* un diritto civile minacciato. Se il tribunale emette sentenza favorevole, nasce un conflitto fra questa e il decreto di espulsione;

---

(1) *Decis. del Consiglio di Stato, 8 Dicembre 1853, e 24 Gennaio 1867:* Corte d'Algeri, 29 Gennaio 1880 (*Journal de Droit int. privè* 1884, p. 619 e seg.)

(2) Cipelli, *Legge,* an. 1875, parte III, p. 225.

conflitto che deve essere risoluto dal Consiglio di Stato, a termini dell' articolo 10 della legge sul Contenzioso amministrativo [1]. Il Malgarini invece vede nel decreto di espulsione dello straniero un *atto di governo*, di *alta polizia*, che non soggiace al sindacato dei tribunali, per quanto possa essere iniquo il provvedimento lamentato [2].

306. Quanto a noi, che pensiamo essere il diritto di soggiorno un vero e proprio diritto civile, garantito allo straniero dall'articolo 3° del Codice civile, dobbiamo ritenere che i tribunali ordinari sieno competenti a giudicare se un decreto di espulsione fu o no emanato nei limiti della legge. Ma non c'illudiamo che questa opinione possa trovare accoglienza presso i nostri magistrati, stante la tendenza, che noi francamente deploriamo, di allargare il campo dei così detti *atti di governo* oltre ogni termine di necessità e di ragione. Riservandoci di svolgere a suo luogo questo argomento importantissimo di procedura, ricordiamo che i mezzi più comuni, sempre leciti, ma quasi sempre inefficaci, per reclamare contro un ingiusto decreto di espulsione, oltre il ricorso amministrativo in via gerarchica, sono il ricorso o petizione al potere legislativo e le rimostranze diplomatiche. Quest' ultimo è il mezzo più naturale, avendo ogni stato il dovere di proteggere i suoi sudditi e di vendicare le offese fatte ai medesimi, come se fossero fatte alla stessa persona dello Stato.

---

(1) Bianchi Ferdinando, *op c.* p. 17.

(2) Malgarini, *Dell'Azione spettante ai privati contro gli atti delle Autorità governative e amministrative*, p. 66 (Pavia 1878).

307. Le cose fin qui esposte dovrebbero avere dimostrato che il diritto di soggiorno è un diritto privato, del quale gli stranieri devono godere, fuori di ogni arbitrio delle autorità politiche.

Ma non potrà mai lo straniero essere privato di cosifatto diritto? Il diritto di espulsione non è mai legittimo?

308. Errerebbe certo chi traesse dalle nostre premesse questa così ampia conseguenza.

Il diritto assoluto, illimitato non esiste. Esso deve adattarsi, temperarsi alle necessità sociali. Per questi temperamenti il diritto di maggior valore prevale a quello di minor valore: e tale prevalenza può giungere al punto di sospendere e sopprimere lo stesso diritto minore. Solo a questa condizione è possibile la società umana, e la società politica dello stato.

Ora, lo stato, come dice Bluntschli, è un ente di così alta natura, che la conservazione della sua esistenza, nei casi di necessità, può anche giustificare una reale violazione dei diritti individuali. Ma vi deve essere una necessità reale o un pericolo stringente di detta necessità. Il semplice interesse per la maggiore prosperità di un popolo non basta, altrimenti ogni libertà e sicurezza sarebbe distrutta [1]. E lo stato usa di questo diritto di prevalenza e di necessità, quando colle pene diminuisce o toglie la libertà e persino l'esistenza all'uomo colpevole, quando ordina l'imposta del sangue ai suoi sudditi, quando in guerra distrugge gli averi e la vita del nemico. In tutti

(1) Bluntschli, *Diritto pubblico universale,* vol. II, p. 104-7.

questi casi, ciò che giustifica la diminuzione o violazione del diritto umano è questo principio della necessità e della prevalenza dei diritti, il quale poi si fonda, a sua volta, sul principio di condizionalità dell'esistenza e sviluppo dello stato, di cui abbiamo discorso altrove [1]. Or bene, questo principio ci risolve anche la questione dell' espulsione.

309. Noi sosteniamo che il diritto dell'uomo di soggiornare dove gli talenta è un diritto privato o civile: ma ammettiamo che esso, come tutti i diritti naturali e privati, possa venire limitato e tolto dallo stato in caso di necessità. Però, onde, ciò possa avvenire, secondo il diritto, bisogna che ricorra, appunto, cotesto estremo della necessità. Di qui la conseguenza che la privazione del diritto di soggiorno ha il carattere di pena, e che, come tutte le pene deve essere sanzionata dalla legge. Il diritto di libero soggiorno viene limitato, o soppresso anche pei cittadini col confino, col domicilio coatto, colla sorveglienza della polizia, e, più di tutto, col bando, dove è ammesso; ma nessuno oserebbe affermare che tali pene potessero irrogarsi senza una legge.

Può dunque lo stato, in caso di necessità, espellere dal suo territorio lo straniero; perchè, nel conflitto fra il diritto della sua sicurezza, conservazione e sviluppo, e il diritto di soggiorno dello straniero, la prevalenza spetta al primo, perchè è più forte; ed è tale, perchè riguarda un bene maggiore [2]. Ma deve esistere cotesta

(1) Vedi sopra n. 169.

(2) Questo diritto di prevalenza (nella sfera però del diritto

necessità, e deve essere stabilita, nei tempi normali, dal potere legislativo. Diciamo nei tempi normali, perchè in caso di guerra, le regole comuni non sono sempre applicabili, come vedremo.

310. Quasi tutti gli scrittori affermano che l'espulsione dello straniero non è una pena, ma una semplice misura di polizia preventiva. Questo ci pare un errore, ed un errore grave, perchè ha per conseguenza di sottrarre l'istituto dell' espulsione dalla competenza del potere legislativo e del potere giudiziario, per lasciarlo nell'arbitrio delle Autorità politiche. « L'obbligo di stare in un dato luogo o l'esclusione di tale altro, dice il Forti, si riguardano come pene, giusto perchè importano privazione di naturale libertà (1). L'illustre penalista Haus colloca espressamente l'espulsione fra le pene (2). Ed a ragione, chè non si può cangiare la natura di una cosa, cangiandone il nome. Se il diritto di soggiorno è un bene per l'uomo, un vero e proprio diritto fondato sulla libertà umana, l' individuo, sia esso cittadino o straniero, non ne può essere privato senza un demerito e senza una necessità

---

privato) trovasi sanzionato espressamente dalla legislazione Prussiana. Il § 95 dei *Principi generali* del Diritto generale locale dice: « *Quando il diritto di una persona è di ostacolo allo esercizio del diritto di un'altra persona, il diritto minore deve cedere a quello maggiore* ».

(1) Forti, *Istituzioni civili*, lib. II, cap. III, sez. II.

(2) Haus, *Principes généraux de Droit pénal belge*, p. 410. Nel progetto di Codice penale Vigliani si trova confermato questo concetto. Esso stabilisce (art. 27): « Per gli stranieri sottoposti alla vigilanza speciale della polizia può sempre essere *surrogata* la espulsione dal Regno ». E la sorveglianza è pena.

sociale: e questa privazione costituisce un patimento, una *pena*, nel senso tecnico della parola.

Ora è risaputo che « nullum crimen sine praevia lege poenali » e che « nulla poena sine lege »: laonde, non si può infliggere l' espulsione che nei casi stabiliti dalla legge, e spetta al potere giudiziario di applicare la legge penale.

311. Il Diritto di espulsione, conferito al potere politico, è una minaccia continua alla libertà e sicurezza degli stranieri, e un imbarazzo per la stessa autorità politica. Il potere politico è troppo impressionabile. Nel potere giudiziario, dice Montesquieu, è la legge che parla, non il magistrato: ma nel potere di polizia è il magistrato che parla, piuttostochè la legge. La pratica dimostra tuttodì con quanta facilità si può far credere ad un governo che la presenza di uno straniero è pericolosa, e che perciò è necessario alla pubblica salute di espellerlo. I *motivi* di pubblica sicurezza e di ordine pubblico sono cose tanto vaghe ed elastiche, in materia di polizia, che possono colorare qualunque più ingiusto decreto di espulsione. Uno straniero che dispiaccia ad un partito politico, che desti gelosie di mestier in mezzo ai nazionali, che sparli di un governo amico, che appartenga ad una religione, o ad una razza diversa da quella dei nazionali, sarà denunciato o dai privati o da un governo estero, e dovrà sfrattare sotto la generica accusa di essere pericoloso all'ordine pubblico. Un *consilium abeundi* è spesso un decreto di espulsione. Con questo sistema, nessuno straniero è sicuro della sua residenza e può con animo tranquillo dedicarsi ai suoi viaggi d'istruzione, alle sue

professioni, alle sue industrie, ai suoi commerci, massime a quelli che esigono lunghe dimore, e impianti di opere stabili in un determinato luogo.

312. D'altra parte questo diritto, dicemmo, può mettere in seri imbarazzi il governo. Supponiamo che un governo estero, amico, o alleato, o temuto, faccia sentire il desiderio che un altro governo sfratti dal suo territorio un rifugiato, che non possa essere consegnato coll'estradizione: se questo governo cede, commette un' ingiustizia: se rifiuta disgusta la potenza richiedente. Sono casi che succedono tutti i giorni. Se invece l'espulsione sarà regolata dalla legge, se questa dovrà applicarsi dal potere giudiziario, simili imbarazzi non si presenteranno, e la libertà individuale sarà fuori anche di questi pericoli della diplomazia. Perchè la diplomazia ottiene molte volte con questo mezzo, ciò che le viene negato dal diritto penale internazionale e dai trattati di estradizione. Le nazioni, accolgono quasi con orgoglio, e non consegnano i profughi per reati politici. Or bene, se il governo, cui brucia che un perseguitato per simili imputazioni possa trovare asilo presso qualcuno dei popoli più ospitali, indurrà, coi mille mezzi di cui dispone, il governo di cotesti popoli ad espellerlo dal proprio territorio; chi non vede che si ottiene così una vera estradizione indiretta, perchè l' esule politico non troverà più alcun luogo di rifugio, e finirà per cadere nelle mani de' suoi persecutori? Anche di questi casi ne sono successi, e ne succederanno.

Certamente, un governo forte e liberale, come os-

serva l'Astengo [1], non farà che un uso moderatissimo del diritto di espulsione, e non cederà alle esigenze della diplomazia: ma la politica internazionale è oggi troppo prepotente, e occorre vera fortezza e virtù nei governi per poterle opporre sempre ferma resistenza: e la virtù non è da tutti, nè di tutti i tempi; nè il diritto è sempre sicuro, protetto dal solo usbergo della virtù [2].

313. A coloro poi che affermano che la pubblica tranquillità correrebbe pericolo se il governo non potesse usare, sulla sola sua responsabilità, del diritto di espellere gli stranieri, noi rispondiamo, col Pinheiro-Ferreira, che nei tempi normali tale facoltà illimitata non è affatto necessaria. « L'étranger, egli dice, est il un homme industrieux? Nous ne pouvons que gagner à entretenir des relations avec lui, soit qu' il s' établisse au milieu de nous, soit qu'il ne fasse qu' y séjourner en passant. N' est-ce qu'un

---

(1) Astengo, *Codice Civile del Regno d'Italia esposto nelle Fonti* ecc. vol. I, p. 168 (Firenze, 1866).

(2) La storia contemporanea ci offre frequenti esempi di espulsioni ordinate per riguardi diplomatici, o per ignobili motivi. La Svizzera espulse Mazzini, Napoleone ed altri illustri emigrati, unicamente per condiscendere alle pressioni dei governi esteri. Nel 1882 destò grande impressione nel Belgio, tanto da sollevare un'interpellanza alla Camera, l' improvvisa espulsione dalla Francia di certo Gillebert, che aveva sempre abitato questo paese, perchè dicevasi essersi assodato che tale atto fosse dovuto a varie persone, fra cui un maire, un giudice di pace ed un membro del consiglio generale del dipartimento, le quali si erano concertate per fare espellere il Gillebert onde impadronirsi di un suo florido stabilimento industriale! (*Journal du Droit int. privé*, 1883, p. 49).

vagabond? vous n'avez, qu'à lui appliquer les dispositions des lois que vous avez ou que vous devez avoir non seulement pour arrêter le vagabondage, mais pour faire des vagabonds des membres utiles à la societé. Est-ce un voleur, un assassin de profession? ou vous en êtes informé, ou vous l'ignorez; dans le premier cas, vous avez le droit de mettre à l'hospitalité que vous lui accordez des conditions qui lui donnet la conviction du sort auquel il doit immanquablement s'attendre s'il persiste chez vous dans les voies du crime; si vous l'ignorez, il ne peut pas être coupable à vos yeux, et rien vous autorise à exercer envers lui d'autres mesures que celles de la surveillance que l'on doit exercer généralement envers tout individu dans un pays bien administré (1) ».

314. Abbiamo cercato di dimostrare che il diritto di espulsione si giustifica in genere in caso di necessità, e che non può, senza pericolo, conferirsi alle autorità politiche.

Dobbiamo ora stabilire più concretamente: in quali casi tassativi sia legittimo il diritto di espulsione; da quali garanzie debba essere circondato; a quale autorità debba essere affidato.

315. Risulta dai cenni legislativi, che abbiamo dato più sopra, che l'espulsione si applica generalmente, nei vari paesi, nei seguenti casi: 1.° Agli stranieri oziosi, vagabondi, indigenti: 2.° Agli stranieri mancanti delle carte di riconoscimento, passaporti ecc.: 3.° agli stranieri condannati per reati contro la proprietà o la fede pub-

(1) Pinheiro-Ferreira, *Note al Martens*, t. I, p. 238

blica, e, in alcuni luoghi, a tutti i condannati per crimini e delitti di diritto comune: 4.° finalmente, agli stranieri giudicati pericolosi alla sicurezza o all' ordine pubblico. Con questa ultima espressione si comprendono, in alcuni stati, tutte le categorie suaccennate.

316. Ma alcuni pubblicisti aggiungono altri casi, o almeno, fanno delle singolari applicazioni di quei *motivi di ordine pubblico*, coi quali si suole generalmente giustificare l' espulsione in mancanza di altri argomenti più specifici e concludenti. Il Bar (1) ammette l'espulsione anche per gli stranieri che si trovino in queste condizioni: *a)* che dopo un lungo soggiorno non chieggano la cittadinanza per isfuggire gli obblighi ad essa inerenti: *b)* che non giustifichino di appartenere ad alcuna nazionalità, e non vogliano accettare quella del paese che li ospita. Infine ammette che il governo possa espellere gli abitanti di un territorio conquistato, i quali, valendosi della facoltà loro lasciata dal trattato di pace o di cessione, optino in gran numero per la nazionalità dello stato cedente. Holtzendorff (2), ed Haenel (3), accordano allo stato il diritto di espulsione anche a semplice titolo di *ritorsione* o *rappresaglia*. Questo diritto è consacrato positivamente dalla legge Prussiana: « Quando lo stato straniero, a danno degli stranieri in generale e dei sudditi degli stati prussiani in particolare, stabilisce disposizioni aggravanti o tollera che simili abusi sieno sciente-

(1) Bar, *Journal du Droit. int. privè*, 1886, p. 10-11.
(2) Holtzendorff, *Rechtslexicon*, I, p. 216-216 (ed. 3.a).
(3) Haenel, *op. c.* p. 181.

mente commessi contro sudditi prussiani, avrà luogo il *diritto di ritorsione* [1] ».

317. Noi, partendo dal principio che il diritto di soggiorno è un vero e proprio diritto privato appartenente ad ogni uomo (n. 294-295); che la sola necessità, non il semplice interesse (n. 308-309), può giustificare la diminuzione o privazione di cotesto diritto in un determinato territorio; che la espulsione ha il carattere e gli effetti di una pena (n. 310), opiniamo che l'espulsione dello straniero sia legittima solamente nei seguenti casi:

I. Quando si tratti di stranieri riconosciuti colpevoli di delitti o crimini commessi nello stato che li ospita;

II. Quando si tratti di stranieri condannati per delitti e crimini di *diritto comune* fuori dello stato, e non sieno domandati dallo stato competente, in via di estradizione;

III. Quando si tratti di una invasione di stranieri, i quali, pel loro numero, per le loro speciali condizioni economiche o morali o politiche, produrrebbero gravissimi danni allo stato che li ospitasse;

IV. Quando, dopo una dichiarazione di guerra, la presenza di stranieri appartenenti allo stato nemico sia seriamente pericolosa alla pubblica tranquillità, o alle operazioni di guerra.

Ed ora poche parole per giustificare le nostre regole, e per dimostrare che non sono da accogliersi gli altri casi di espulsione ammessi dagli usi, dalle leggi o dalla dottrina.

318. *a*) La prima regola si giustifica, riflettendo che

(1) Art. 43 dell' *Introduzione* del Diritto generale prussiano.

l'espulsione si può applicare come pena principale o accessoria, secondo che si tratti di un reato lieve o grave. Nel primo caso lo stato, colla semplice pena dell'espulsione, provvede a reintegrare il diritto offeso, e a prevenire nuovi reati: nel secondo caso, per ottenere questo risultato, farà, prima dell'espulsione, scontare la pena principale. In ambi i casi, l'espulsione è legittimata dal diritto di punire e di pervenire i reati. La ragione poi che giustifica l'espulsione dello straniero e non quella del cittadino colpevole dello stesso misfatto, sta in quel principio della prevalenza dei diritti, di cui abbiamo altrove discorso (n. 308 e 309). Tanto il cittadino che lo straniero godono del diritto di soggiorno; ma, pel primo, cotesto diritto riposa sul duplice titolo della qualità di uomo e di socio politico; pel secondo, invece, si fonda solo sulla qualità di uomo. Il diritto del primo è quindi più forte, ha più valore di quello del secondo: questo deve cedere a quello. Lo stato, dunque, che riassume tutti i diritti dei suoi membri, fa giustamente prevalere la sua sicurezza e conservazione al diritto di soggiorno di chi non è consocio. Potrebbe forse, a rigore di logica, esercitare cotesta prevalenza anche verso il cittadino delinquente, e si avrebbe allora il *bando* o l'*esilio*; ma, per molte ragioni, che qui sarebbe fuori di posto ricordare, questa pena viene oggidì ripudiata da tutti i popoli civili.

319. *b*) La seconda regola è pure chiarissima. Lo stato non ha, in massima, il diritto di punire i reati commessi fuori del proprio territorio da stranieri [1]: ma ha però

(1) Vedi sopra n. 181-182.

il diritto di provvedere alla tutela della sua sicurezza, e il dovere di *cooperare* al mantenimento dell'ordine universale. Ora, se esso accorda sicuro asilo ai delinquenti, manca ad entrambi questi suoi uffici; perchè, la presenza tranquilla di malvagi dichiarati, offende il senso morale e quindi turba l'ordine pubblico, e nello stesso tempo rende illusoria la giustizia del paese in cui fu pronunciata la condanna. Se adunque lo stato, che ne avrebbe diritto, non domanda la estradizione del colpevole, nel qual caso questa è obbligatoria, lo straniero delinquente può con tutta ragione essere espulso (1). Non crediamo che per l'espul-

---

(1) Ecco quanto dispone in proposito il progetto di Codice penale (Zannardelli) già approvato alla Camera dei Deputati:

« Lo straniero, che, fuori dei casi indicati nell'articolo 5, commette in territorio estero, a danno di un cittadino o dello Stato italiano, un delitto che importi, anche giusta le leggi dello Stato dove lo ha commesso, una pena restrittiva della libertà personale non inferiore a tre anni, è giudicato, sempre che si trovi nel territorio del regno, con l'applicazione della più mite tra le due leggi; e se il delitto importa una pena di minore durata si procede soltanto a querela della parte lesa.

« Lo straniero può altresì essere giudicato, sempre che si trovi nel territorio del regno, con l'applicazione della più mite tra le due leggi, per ogni delitto commesso all'estero a danno di uno straniero, che importi, anche giusta le leggi dello Stato dove l'ha commesso, una pena restrittiva della libertà personale non inferiore a tre anni, purchè concorrano le seguenti condizioni:

« 1.° che il delitto sia tra quelli rispetto ai quali esiste convenzione di estradizione, ovvero sia tra quelli contro al diritto delle genti, o contro la persona, la proprietà, la fede pubblica, il buon costume o l'ordine delle famiglie, ovvero costituisca banca rotta fraudolenta.

sione basti la semplice imputazione od accusa di un reato di diritto comune, come basta per l'estradizione; poichè l'estradizione, in questo caso, non è una pena, ma un semplice atto di procedura, il quale lascia la possibiltà dell'innocenza e dell'assoluzione dello straniero, da dichiararsi dai tribunali competenti: mentre l'inflizione dell'espulsione è una vera punizione, la quale suppone, di necessità, la preesistenza di un delitto accertato o di uno dei motivi accennati al n. 317.

320. L'espulsione poi non è ammissibile pei reati politici, per gli stessi motivi pei quali non si accorda generalmente l'estradizione. Il reato politico non offende

---

« 2.° che non sia stata accettata la estradizione del colpevole dal Governo del luogo nel quale ha commesso il delitto, nè da quello della sua patria.

« *Non procedendosi a giudizio, il Governo può espellerlo dal regno nei casi e modi permessi dalle leggi; e, ove sia stato giudicato e condannato può espellerlo dopo scontata la pena* ».

La Commissione parlamentare ha proposto di modificare il primo e secondo capoverso di questo articolo nel modo seguente:

« Per i delitti commessi all'estero da uno straniero contro uno straniero si proceda: 1. alla proposta di *estradizione*; 2. all'*espulsione*, se l'estradizione, offerta dal Governo del Re, sopra uniforme ordinanza della Camera di Consiglio, non sia accettata; 3. al *giudizio*, se per legge o per trattato l espulsione non potesse aver luogo, ovvero se l'imputato lo richiedesse, opponendosi all'ordinanza della Camera di Consiglio autorizzante l'espulsione ».

V. in proposito una bella lettera del Lieber nella quale protesta giustamente contro l'abitudine di certi governi di facilitare l'andata dei delinquenti negli altri Stati per liberarsene (*Revue de Droit int.* an. 1876, pag. 147).

il diritto sociale, ma solamente l' ordinamento politico di uno stato particolare, creato dallo stato stesso. Gli stati quindi, che non veggono offesi da simili reati nè il diritto universale, nè i loro particolari interessi, non hanno competenza per giudicarli, e molto meno per punirli, od ajutare altri a punirli. Quasi sempre coloro che commettono tali reati sono animi superiori, i quali si compromettono pel nobile desiderio di migliorare le sorti della loro patria o d'impedirne la rovina. La maggior parte dei più grandi patrioti fu condannata ed esulò per questi motivi. Ecco perchè fu sempre stimato doveroso l' asilo accordato a cotesti generosi *delinquenti;* ecco perchè tutti i trattati di estradizione, (tranne uno del 1834 tra la Prussia, l'Austria e la Russia, dettato dalla persecuzione contro i polacchi) escludono dall' obbligo della consegna le persone ricercate per delitti politici o fatti connessi a tali delitti ([1]).

321. *c)* La terza regola può sollevare qualche obbiezione; ma, applicata rettamente e opportunamente, risponde ad una vera e propria necessità politica. Supponiamo, non una immigrazione solita, ma una immigrazione straor-

(1) Mittermaier, *Archiv. des Criminalrechts*, X, 121.

Il progetto di legge sull' estradizione formulato dalla Commissione nominata dal Ministro Mancini, ha in proposito questa disposizione:

Art. 3. L'estradizione non può aver luogo per reati politici, nè per fatti connessi ad un reato politico.

Questa disposizione non si applica all' omicidio volontario, salvo il caso che sia commesso a scopo politico, nell' atto di una insurrezione o guerra civile ».

dinaria, quasi una invasione di stranieri nel nostro territorio, superiore alla capacità economica del territorio stesso; supponiamo, per di più, che cotesta gente abbia costumi e tendenze in aperta opposizione alla nostra civiltà, ai nostri sentimenti morali, religiosi, politici: è indubitato che la nostra prosperità, le nostre più care istituzioni possono soffrire, da tali fenomeni anormali, grave jattura. Lo stato si trova dunque nella necessità di provvedere che ciò non avvenga, sia vietando l'immigrazione in massa, sia rinviando alle frontiere coloro che entrarono, disobbedendo al divieto. In questo caso, il diritto di soggiorno dello straniero, viene eliso dal diritto di esistenza e di sviluppo dello stato. È quello che succede oggidì agli Stati-Uniti di America. Migliaia e migliaia di chinesi invadono i centri più popolati di quel paese, importandovi costumi contrari alla civiltà americana ed europea. Gli Stati Uniti, benchè siano il paese più ospitale del mondo, si sono dovuti finalmente preoccupare di questo fatto dannoso non solo agl' interessi materiali, ma agl' interessi morali del proprio popolo, ed hanno vietato per 20 anni l'immigrazione chinese. Si è dubitato dello scopo morale di tale misura; e si è detto che fu provocata solamente da interessi industriali. Questa è una questione di fatto, che non possiamo risolvere per mancanza di sicure notizie. Certo è che, se realmente, come affermano i pubblicisti americani, l'immigrazione chinese è così enorme, e se i cinesi immigranti sono così sordidi ed immorali, come si descrivono, non si può negare a quello stato civilissimo il diritto di difendersi da una simile perniciosa invasione.

322. *d)* Tutti gli scrittori ammettono che uno stato

abbia diritto di espellere le persone appartenenti ad altro stato col quale sia in guerra [1]. Tale diritto può esistere veramente in siffatte condizioni anormali; ma non pei motivi, nè nella misura indicati da alcuni, i quali affermano che, dichiarata la guerra, possano gli stati o ritenere prigionieri o espellere in massa i cittadini dello stato nemico, in forza appunto del diritto di guerra. Ora, noi riteniamo che, pel principio che la guerra non rende nemici i privati, e non sopprime i doveri di umanità tra i belligeranti, i privati non debbano, di regola, soffrire alcun danno, alcuna violenza pel fatto della guerra. Solamente nel caso, in cui la presenza di stranieri appartenenti allo stato nemico, potesse turbare l' ordine pubblico o pregiudicare all' esito delle operazioni di guerra, l'espulsione sarà giustificabile. Ma, come si vede, lo stato di guerra, per se solo, non è titolo sufficiente per legittimare l' espulsione. Se le passioni che divampano in tempi di guerra, possono condurre a conflitti fra cittadini e stranieri: e più ancora, se alcuno di questi, abusando dell'ospitalità, rivela al nemico i piani strategici, esercita lo spionaggio, non mantiene, insomma, una perfetta neutralità, è evidente il diritto dello stato di espellere il colpevole. Però, non sono, in massima, da approvarsi le espulsioni in massa, come ordinò il governo francese nell' ultima guerra colla Germania; poichè, non è possibile che tutti gli stranieri appartenenti allo stato nemico sieno

---

(1) Conf. CALVO, *op. c.* § 1668 (ed. 3ª). — FIORE, *Trattato di Diritto internazionale pubblico,* III, n. 1573 (ed. 2ª). — MORIN, *Les lois rélatives a la guerre,* vol. I, p. 166-171 (Paris, 1872).

meritevoli di così grave misura. Il governo francese nel 1870, insieme alla dichiarazione di guerra alla Germania, aveva proclamato che i sudditi tedeschi, che si trovavano in Francia o nelle sue colonie, erano autorizzati a rimanervi fino a che la loro condotta non offrisse alcun motivo di lagnanze [1]. Ma un mese dopo ordinò ai Consoli della Confederazione germanica di escire dal territorio francese, e un decreto del Prefetto di polizia intimò lo sfratto in massa di tutti i tedeschi, a cui non fosse stato accordato uno speciale permesso di soggiorno [2]. Questa misura fu biasimata da tutti; e la Germania, nella conclusione della pace, dimandava, oltre i miliardi per l'indennità di guerra, cento milioni di franchi a titolo di danni causati da quelle espulsioni.

323. Concludendo sopra questo punto, noi riteniamo che l'espulsione degli stranieri non possa legittimarsi, nei tempi normali, a titolo di semplice misura preventiva o di ordine pubblico, e molto meno per ritorsione, e per gli altri motivi adotti dall'Holtzendorff e dal Bar. Le ragioni sono state svolte di sopra. Del resto, lo straniero è soggetto alle leggi penali e di polizia locali; e queste sole bastano a tutelare la sicurezza dello stato, a qualunque paese appartenga il colpevole. Aggiungiamo solamente, riguardo alle ritorsioni e rappresaglie, che questi mezzi, di vendetta o di farsi ragione, più che di prevenzione e di difesa, vengono generalmente condannati, in

(1) *Journal officiel*, 21 juill. 1870.

(2) *Arrête* du gouvernement de Paris, 25 août 1870: *Ordon.* du Préfet de police, sept. 1870.

tempo di pace, dagli scrittori moderni di Diritto internazionale. Bluntschli enumera, fra i casi di rappresaglia, l' espulsione degli stranieri; ma qualifica la rappresaglia « une mésure extrémement dure, et la plus part du temps, *injuste* ». Quanto alla ritorsione dice che « le droit moderne n'est en général pas favorable au système de la rétorsion. Un diplomate peut s'en servir comme menace ou moyen de faire aboutir une négociation; mais l'état qui en fait usage se cause à lui même tout autant de préjudice qu' à l'état étranger ».

Moltissimi scrittori, fra i quali Pinheiro-Ferreira, Carnazza-Amari, Morin, dimostrano l' ingiustizia di questi mezzi, che partono dal falso principio, essere lecito sempre il rendere la pariglia, e che confondono la responsabilità dello stato con quella dei singoli membri. Fiore disapprova, in massima, le ritorsioni e le rappresaglie: in ogni caso, le vuole limitate « a quei fatti e a quelle obbligazioni che sono nel potere convenzionale degli stati » escludendole sempre quando colpissero il diritto naturale e delle genti. Ora, il diritto di soggiorno, non è un diritto convenzionale, ma naturale [1].

324. Ci sembrano poi non solo illegittime ma inumane le espulsioni eccezionali ammesse dal Bar (n. 272), probabilmente perchè furono già praticate in Germania. Infatti, nel gennaio del 1883 le autorità Prussiane fecero

---

(1) Conf. Bluntschli, *Droit int. codifié*, art. 500-505. — Pinheiro-Ferreira, *Note* al Vattel, *Droit des gens*, § 341. — Morin, *op. c.* t. I, p. 151-155. — Carnazza-Amari, *Trattato sul Diritto internazionale*, p. 881 e seg. — Fiore, *op. c.* II, 493 e seg.

affiggere nei distretti Tedeschi dello Schleswig un avviso così concepito: « I sudditi danesi nati nel 1863 sono invitati a farsi iscrivere nelle liste di leva. Essi devono, entro gli otto giorni di tale dichiarazione, domandare la nazionalità prussiana. Ogni contravventore potrà essere espulso ». Nell'agosto del 1884 Mantfeuffel, Statthalter di Alsazia e Lorena, ordinò agli alsaziani che avevano, a termini del trattato di pace del 1871, optato per la nazionalità francese, di scegliere fra la nazionalità tedesca e l'espulsione [1]. Noi non potremmo giustificare simili odiose misure, offensive del diritto di nazionalità, tranne forse nel caso, in cui le aggregazioni territoriali fossero convenute, o almeno ratificate, con libero plebiscito delle popolazioni interessate; poichè, solamente in questa ipotesi, l'unione potrebbe dirsi legittima e produttrice dei diritti perfetti di sovranità, come abbiamo altrove dimostrato [2].

325. Dalle cose dette deriva logicamente che il diritto di espulsione non può lasciarsi all'arbitrio, o se vuolsi, alla prudenza del potere politico, ma che deve essere disciplinato da leggi precise, interpretate da magistrati. L'espulsione insomma dovrebbe diventare, da istituto amministrativo quale è oggidì considerato, un vero istituto giudiziario, che offrisse le massime guarentigie alla libertà degli stranieri, e togliesse l'arbitrio e la responsabilità del governo, come si sta facendo anche

---

(1) *Journal du Droit int. privé*, 1884, p. 477.

(2) V. sui plebisciti internazionali il nostro lavoro, *Teoria dei Trattati internazionali*, p. 160-196 (Parma 1882).

per l' istituto dell' estradizione [1]. Noi non vogliamo dare la formola della legge costituenda: ma notiamo che una buona legge dovrebbe contenere questi estremi: 1.° Indicazione tassativa delle persone che devono essere espulse, o eliminazione tassativa di quelle che non possono essere espulse: 2.° Specificazione tassativa dei motivi che provocano l' espulsione: 3.° Forme serie di procedura, per le quali, l' incolpato possa, sempre ed efficacemente, far valere le proprie ragioni.

Per la prima regola, dovrebbero essere esclusi dalla espulsione tutti coloro che si trovano eccettuati anche dalla legge belga ed olandese (n. 287-288), che, in questa parte, meritano di essere additate come modello di giustizia civile e di sapienza politica. Anzi da noi, per le speciali condizioni territoriali in cui ci troviamo, si dovrebbe aggiungere l'esclusione degli *italiani* non regnicoli, ai quali si è già concesso il godimento di alcuni diritti politici (n. 250). Nella seconda regola dovrebbero trovare applicazione i principi sopra stabiliti (n. 317) circa i casi in cui è lecita l' espulsione. Infine, quanto all' autorità competente a conoscere di questa materia e quanto alla procedura, si dovrebbe scegliere tale magistrato e prescrivere tali formalità, che assicurassero il pieno e sicuro trionfo della

(1) Vedi l' importante *Progetto di legge sull'Estradizione*, e la dotta relazione che l' accompagna, negli *Atti della Commissione ministeriale per lo studio e compilazione di un progetto* ecc. Roma, 1885. Gli articoli 13 a 30 riguardano la procedura dell' estradizione, e contengono alcune norme che potrebbero adattarsi benissimo all' istituto dell' espulsione.

giustizia. Sopratutto si dovrebbe riconoscere e saviamente disciplinare il diritto di ricorso o di appello, propugnato anche dal Bar (1), e ammesso già, benchè in modo imperfetto, in Austria, Olanda e Svizzera (285-286-288).

Sappiamo che qui si solleva la solita obbiezione — che non rientra nella missione del potere giudiziario il decidere di volta in volta quando l'interesse o la necessità di stato esigano l'espulsione dello straniero, compito e giudizio questo tutto proprio del potere politico —. Ma noi osserviamo che si possono benissimo conciliare le esigenze della ragion di stato, colla inviolabilità del diritto privato, e colla natura delle funzioni giudiziarie. I mezzi sarebbero questi. O affidare l'istituto dell' espulsione ad una magistratura speciale, mista di funzionari inamovibili e di rappresentanti del potere politico: o lasciare all' ordinaria magistratura la conoscenza e l' inflizione della espulsione nel I° e II° caso da noi descritti di sopra (n. 317), riservando al potere legislativo di decidere di volta in volta se ricorrano gli estremi ricordati nei casi III° e IV°, tolta sempre la competenza esclusiva del potere esecutivo. Noi propenderemmo per questo ultimo sistema. Poichè, nelle prime ipo-

---

(1) Bar, *Journal du Droit int. privé*, 1886, p. 14: « Si l'on met a part les expulsions qui résultent d' une guerre ou qui sont la consequence d' un traité de paix, on devrait ouvrir aux expulsés un certain délai, pendant lequel ils auraient le droit de demander aux tribunaux d' annuler, comme insuffisamment justifié, l' ordre d' expulsion rendu par les autorités admnistratives. Ce n' est pas seulement en effet le droit de l' étranger, mais l' intérêt des nationaux avec lequel il entretient des relations, que cet ordre met en péril ».

tesi, l'espulsione è una vera e propria pena, e la competenza dell' autorità giudiziaria è evidente, e, diremmo, necessaria. Nelle seconde ipotesi, invece, trattasi di eventi eccezionali e rarissimi, nei quali, pel modo col quale si producono, pei criteri coi quali possono giudicarsi, è più adatto il potere legisiativo, che il potere politico e giudiziario a decidere se la *pubblica salus* esiga una misura così grave, come si e fatto agli Stati Uniti (n. 321).

S' intende che, adottando questo sistema, sarebbe necessaria una legge normale, perpetua pei casi di espulsione deferiti alla magistratura; non per quelli lasciati al potere legislativo, il quale emanerebbe di volta in volta provvedimenti di circostanza, applicabili solamente ai casi occasionalmente contemplati dai medesimi.

326. La questione dell' espulsione degli stranieri, scrive il Bar, non è solamente una questione nazionale e locale; essa è d' interesse generale e cosmopolita. Onde, noi confessiamo che non abbiamo ben comprese le ragioni per le quali l' Istituto di diritto internazionale, tanto benemerito del progresso della nostra scienza, non abbia creduto di rivolgere le sue illuminate discussioni sopra questo vitale argomento della libertà internazionale. Fin dal 1885 l' illustre Prof. Brusa propose all' Istituto di trattare di questo tema insieme a quello dell' estradizione, cui è naturalmente connesso. Ma non se ne fece nulla. Però, nell' anno scorso, fu nominata una Commissione composta di Bar, Brusa, Dicey, Fiore, Holtzendorff, Koenig Lehr, Martens, Maritz, per istudiare: « *De quelle manière et dans quelles limites les gouvernements peuvent exercer le droit d'expulsion vis-à-vis des étrangers* ». Il relatore

Maritz presentò alla sessione di Heidelberg un lungo rapporto; ma l' assemblea rinviò ogni discussione a tempo indeterminato, sulle osservazioni di Rollin-Jaequymins, il quale rilevò, che si trattava di una questione delicata e scottante, e che l'imparzialità e austerità scientifica dell' istituto imponevano al medesimo la più rigorosa riserva su ciò che tocca, anche solo in apparenza, la politica del giorno (1).

Ci rincresce che, per un eccesso di delicatezza, si sia potuto ravvisare in una questione di mero diritto privato, delle strette attinenze col sistema politico di qualche Stato. Trattasi qui della libertà individuale, di un interesse cosmopolita, come nota giustamente il Bar; onde noi facciamo voti che l' Istituto lasci cotesti scrupoli, renda di pubblica ragione il Rapporto dell'eminente Maritz, e consacri quanto prima la sua sapiente attività anche a questo importantissimo argomento.

327. Prima di finire questo paragrafo crediamo utile di dire una parola sulle disposizioni relative all' espulsione degli stranieri che si leggono in due progetti di legge italiani. Come abbiamo visto di sopra (n. 282, 302, 303), l' Italia manca di una legge speciale sopra questa vitale bisogna. In tutte le nostre leggi vigenti non troviamo che le disposizioni sopra citate dell' articolo 439 del Codice penale, e 73 della Legge di pubblica sicurezza, disposizioni imperfette e affatto insufficienti. Benchè da noi si ritenga che il diritto di espulsione, come misura amministrativa,

---

(1) *Annuaire de l' Institut,* VIII, p. 166. — *Revue de Droit int.* 1887, p. 125 e 337.

appartenga al governo quale funzione di alta polizia, senza bisogno di legge alcuna, pure fu sentita la convenienza, se non la necessità, di far sanzionare dal potere legislativo un' attribuzione tanto grave e delicata.

328. Il progetto Depretis del 1882 della riforma della legge sulla pubblica sicurezza conteneva i seguenti articoli relativi all' espulsione:

« Art. 167. Se il condannato liberato (in seguito di espiazione di condanna a pena criminale ed anche correzionale per reato contro la proprietà) è uno straniero, il prefetto, in seguito all'avviso ricevuto dal pubblico ministero, ne informerà il ministro dell' interno, il quale ne ordinerà la espulsione dal regno, facendolo tradurre scortato fino al confine.

In pendenza degli ordini del ministro dell' interno sarà trattenuto in carcere a disposizione del medesimo.

Qualora non si conosca la sua nazionalità ed il luogo dove possa essere inviato, è in facoltà del ministro di fissargli un domicilio, fino a che sia possibile procedere alla sua espulsione.

Queste misure potranno applicarsi anche agli stranieri condannati per questua o per reati contro la proprietà.

Art. 168. Ogni altro straniero che offende o pone in pericolo l'ordine pubblico, o che sia stato condannato, oppure sia ricercato per reati, i quali potrebbero, in base alle convenzioni internazionali esistenti, dar luogo a domanda di estradizione, potrà per ordine del ministro del interno, essere espulso dal regno, quante volte non sia già pervenuta la domanda di estradizione, nel qual caso dovrà essere posto a disposizione dell'autorità giudiziaria.

Potrà anche essere confinato in una determinata località, quando non preferisca di uscire dal regno.

Sono eccettuati quegli stranieri che siano nati nel regno da genitori in esso domiciliati, o che abbiano sposato donne regnicole, da cui abbiano avuto figli nati nel regno.

Art. 169. Lo straniero espulso dal regno in conformità degli articoli precedenti, non può rientrarvi senza una speciale autorizzazione del ministro dell'interno.

Se trasgredisce, sarà arrestato e messo a disposizione dell'autorità giudiziaria pel relativo procedimento. In caso di condanna si applicherà il disposto dell'articolo 167.

Ultimato il processo e scontata la condanna, se sarà stata pronunziata, verrà nuovamente espulso dal regno »,

La Commissione parlamentare soppresse, senza dirne le ragioni, il 3° comma dell'articolo 168 e vi sostituì questa disposizione:

« Gl'italiani non regnicoli sono considerati come appartenenti allo Stato per gli effetti di questo e del precedente articolo ».

Ma, in seguito ad osservazioni fatte dalla Giunta parlamentare, la Commissione ristabilì il comma cancellato.

329. Il progetto Crispi del 23 febbraio 1886 suona così:

Art. 87. Saranno espulsi dal Regno e condotti alla frontiera gli stranieri liberati dal carcere.

Il Ministero dell'interno, per motivi d'ordine pubblico, potrà ordinare che lo straniero di passaggio o residente nel Regno sia espulso e condotto alla frontiera. Questa disposizione non è applicabile agli italiani non regnicoli.

Art. 88. Lo straniero espulso non può rientrare nel regno senza una speciale autorizzazione del Ministro dell' interno.

In caso di trasgressione sarà punito coll' arresto sino a sei mesi.

Art. 89. « I Prefetti delle provincie di confine possono, per motivi d' ordine pubblico, allontanare dai comuni di frontiera, in casi d' urgenza e riferendone al Ministero, gli stranieri di cui all'articolo 87, e respingere dalla frontiera gli stranieri che non sanno dar contezza di sè e sono sprovveduti di mezzi ».

330. Noi vorremmo che l'istituto dell'espulsione fosse disciplinato da una legge organica, informata ai principi che abbiamo propugnato in questo studio: sopra tutto, vorremmo che all' autorità politica non fosse accordato lo sconfinato potere di espellere lo straniero per motivi di *ordine pubblico*, espressione questa, in materia di polizia, così indefinita ed elastica, che ha sempre giustificato e giustificherà sempre qualunque più arbitrario provvedimento. È quindi naturale che non siamo soddisfatti dell' abbozzo di regole vaghe ed incomplete che ci è dato, così in modo incidentale, dai due progetti ricordati.

331. Ci pare enorme e non necessario alla sicurezza dello Stato l'*obbligo*, sancito nell'art. 87 del progetto Crispi, di espellere tutti gli stranieri condannati alla semplice pena del carcere, anche quando la pena sia lieve, e inferta per reati che non tolgono l' onorabilità di una persona. Perchè si dovrà cacciare dal territorio uno straniero punito con qualche giorno di carcere p. e. per duello, o per eccesso di difesa, o altri simili tra-

scorsi, scusabilissimi, e che non possono recare danno alcuno allo stato? Del pari non si comprende come il progetto Crispi non abbia ripetuto la giusta ed umana disposizione del 3° comma dell' art. 168 del progetto precedente; disposizione, come diceva il proponente, che non ha bisogno di giustificazione. È infatti ingiusto, e diremmo quasi, crudele, che colui, che considera l'Italia come sua vera patria, perchè qui è nato, qui hanno domicilio i suoi genitori, o qui ha sposata un' italiana e messa famiglia, possa essere improvvisamente strappato, con un decreto di espulsione, dal centro delle sue più care affezioni e dei suoi più vitali interessi morali e materiali. Anco ci sembra pericolosa la disposizione dell' art. 89 del secondo progetto, copiata dall'art. 7 della Legge francese del 1849 (n. 283), perchè i Prefetti diventano, per tale facoltà, arbitri del passaggio della frontiera [1]. Nessuno poi dei progetti fa la riserva, che già si trova nella legge belga, olandese ed austriaca (n. 275), di coloro che hanno da un pezzo legale domicilio in Italia, e di coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 6 del Codice civile. Infine entrambi i progetti mancano di una parte essenziale ad ogni legge,

(1) Questa affermazione è comprovata dal fatto che i Prefetti hanno in Francia abusato in tal modo della facoltà loro conferita dall' articolo 7, § 3° della Legge del 1849 (articolo, del resto, meno largo di quello del Progetto Crispi), che il Ministro dell' Interno, *Allain-Targé*, dovette, con una severa circolare del 17 Dicembre 1885, richiamare quei funzionari allo *spirito della legge* e ai *sentimenti di umanità*, prescrivendo loro di limitare le espulsioni agli individui veramente *dannosi*. (*Journal du Droit int. privè*, t. XIII, p. 497).

della parte che costituisce la garanzia vera d'ogni diritto: delle regole processuali. Potranno coloro che furono colpiti da un decreto di espulsione ricorrere contro il medesimo? A quali autorità potranno ricorrere? Quali forme di procedure dovranno osservare? I progetti sono muti in proposito. Eppure, anche in questa parte, la dottrina (n. 325) e la legislazione comparata (n. 290) potevano servire di guida al nostro legislatore.

332. Noi concludiamo con un voto: che il legislatore italiano, ispirandosi alle massime liberali verso gli stranieri consacrate nel Codice civile, e valendosi dell'esperienza degli altri stati, si faccia iniziatore di una legge organica, completa sull'istituto dell'espulsione, nella quale sieno tradotti in atto i veri principi giuridici che informano questa materia, come si è accinto a fare per l'istituto della estradizione: o, se pel momento non può raggiungere interamente cotesto ideale, modifichi almeno e integri i progetti presentati in modo, da attuare le regole più essenziali, e da non rimanere indietro, nel rispetto della libertà individuale, alle leggi degli altri paesi.

FINE DEL VOLUME I.

INDICE DELLA MATERIA

LIBRO PRIMO.

I SISTEMI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E LE LEGGI TERRITORIALI.

CAPO I. — La teoria degli statuti.

CAPO II. — Teorie moderne.

LIBRO SECONDO.

TEORICA DELLE LEGGI TERRITORIALI.

PARTE SPECIALE

LIBRO TERZO.

DIRITTO DELLE PERSONE.